COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS, AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

1989

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS, AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

1989

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS, ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING THE LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDER OF 12 JANUARY 1989

1989

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE DU DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDONNANCE DU 12 JANVIER 1989

READEX
FICHE

Official citation :
Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Order of 12 January 1989, I.C.J. Reports 1989, p. 3

Mode officiel de citation :
Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), ordonnance du 12 janvier 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 3

Sales number
N° de vente : 549

12 JANUARY 1989

ORDER

LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE
(EL SALVADOR/HONDURAS)

DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME
(EL SALVADOR/HONDURAS)

12 JANVIER 1989

ORDONNANCE

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

1989
12 January
General List
No. 75

YEAR 1989

12 January 1989

CASE CONCERNING THE LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDER

The President of the Chamber of the International Court of Justice formed to deal with the above-mentioned case,

Having regard to Article 48 of the Statute of the Court and to Article 18, paragraph 3, and Articles 44 and 92 of the Rules of Court,

Having regard to the Special Agreement concluded on 24 May 1986 between the Republic of El Salvador and the Republic of Honduras for the submission to a chamber of the Court of a land, island and maritime frontier dispute between the two States and to the Order of 8 May 1987 by which the Court decided to accede to the request of the Parties to form a special chamber of five judges to deal with the case, and declared the Chamber to have been duly constituted,

Having regard to the Order made by the Court on 27 May 1987 by which 1 June 1988 was fixed as the time-limit for the filing by each of the Parties of a Memorial and to the Order made by the Chamber on 29 May 1987 by which it authorized the filing of Counter-Memorials and Replies in the present case as contemplated by the Special Agreement, and fixed 1 February 1989 as the time-limit for the filing by each of the Parties of a Counter-Memorial and 1 August 1989 as the time-limit for the filing by each of the Parties of a Reply;

Whereas the Memorials of the two Parties were duly filed within the time-limit fixed therefor;

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1989

1989
12 janvier
Rôle général
n° 75

12 janvier 1989

AFFAIRE DU DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDONNANCE

Le président de la Chambre constituée par la Cour internationale de Justice pour connaître de l'affaire susmentionnée,

Vu l'article 48 du Statut de la Cour et les articles 18, paragraphe 3, 44 et 92 du Règlement de la Cour,

Vu le compromis conclu le 24 mai 1986 entre la République d'El Salvador et la République du Honduras, visant à soumettre à une chambre de la Cour un différend frontalier terrestre, insulaire et maritime entre les deux Etats, et l'ordonnance du 8 mai 1987 par laquelle la Cour a décidé d'accéder à la demande des Parties tendant à ce que soit constituée une chambre spéciale de cinq juges pour connaître de l'affaire et a déclaré la Chambre dûment constituée,

Vu l'ordonnance rendue par la Cour le 27 mai 1987, par laquelle elle a fixé au 1er juin 1988 la date d'expiration du délai pour le dépôt par chacune des Parties d'un mémoire, et l'ordonnance rendue par la Chambre le 29 mai 1987, par laquelle elle a autorisé la présentation de contre-mémoires et de répliques en la présente affaire, comme le prévoit le compromis, et fixé au 1er février 1989 la date d'expiration du délai pour le dépôt par chacune des Parties d'un contre-mémoire et au 1er août 1989 la date d'expiration du délai pour le dépôt par chacune des Parties d'une réplique;

Considérant que les mémoires des deux Parties ont été dûment déposés dans le délai fixé à cet effet;

Whereas by a cable signed by their respective Ministers for Foreign Affairs dated 21 December 1988 and received in the Registry on 23 December 1988 the two Parties jointly requested, for the reasons set out in the said cable, the extension of the time-limit for the filing of the Counter-Memorials to 10 February 1989 and of that for the filing of the Replies to 15 December 1989,

Extends to 10 February 1989 the time-limit for the filing by each of the Parties of a Counter-Memorial and to 15 December 1989 the time-limit for the filing by each of the Parties of a Reply;

And reserves the subsequent procedure for further decision.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this twelfth day of January, one thousand nine hundred and eighty-nine, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of El Salvador and the Government of Honduras, respectively.

(Signed) José SETTE-CAMARA,
President of the Chamber.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

Considérant que par un télégramme en date du 21 décembre 1988, parvenu au Greffe le 23 décembre 1988, qui était signé par les ministres des relations extérieures des deux Parties, celles-ci ont demandé conjointement, pour les raisons exposées dans ledit télégramme, le report au 10 février 1989 de la date d'expiration du délai pour le dépôt des contre-mémoires et le report au 15 décembre 1989 de la date d'expiration du délai pour le dépôt des répliques,

Reporte au 10 février 1989 la date d'expiration du délai pour le dépôt par chacune des Parties d'un contre-mémoire et au 15 décembre 1989 la date d'expiration du délai pour le dépôt par chacune des Parties d'une réplique;

Réserve la suite de la procédure.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au palais de la Paix, à La Haye, le douze janvier mil neuf cent quatre-vingt-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement d'El Salvador et au Gouvernement du Honduras.

Le président de la Chambre,
(Signé) José SETTE-CAMARA.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING BORDER AND TRANSBORDER ARMED ACTIONS

(NICARAGUA *v.* HONDURAS)

ORDER OF 21 APRIL 1989

1989

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE RELATIVE À DES ACTIONS ARMÉES FRONTALIÈRES ET TRANSFRONTALIÈRES

(NICARAGUA c. HONDURAS)

ORDONNANCE DU 21 AVRIL 1989

Official citation :

Border and Transborder Armed Actions
(Nicaragua v. *Honduras), Order of 21 April 1989,*
I.C.J. Reports 1989, p. 6.

Mode officiel de citation :

Actions armées frontalières et transfrontalières
(Nicaragua c. Honduras), ordonnance du 21 avril 1989,
C.I.J. Recueil 1989, p. 6.

Sales number
N° de vente : 550

21 APRIL 1989

ORDER

BORDER AND TRANSBORDER ARMED ACTIONS
(NICARAGUA *v.* HONDURAS)

ACTIONS ARMÉES FRONTALIÈRES ET TRANSFRONTALIÈRES
(NICARAGUA c. HONDURAS)

21 AVRIL 1989

ORDONNANCE

1989
21 April
General List
No. 74

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 1989

21 April 1989

CASE CONCERNING BORDER AND TRANSBORDER ARMED ACTIONS

(NICARAGUA *v.* HONDURAS)

ORDER

The President of the International Court of Justice,

Having regard to Article 48 of the Statute of the Court and to Articles 31, 44 and 45 of the Rules of Court,

Having regard to the Order of 22 October 1986, by which the Court decided, *inter alia*, that the written proceedings should first be addressed to the questions of the jurisdiction of the Court to entertain the dispute and of the admissibility of the Application and fixed time-limits for the filing of a Memorial by the Republic of Honduras and a Counter-Memorial by the Republic of Nicaragua on the questions of jurisdiction and admissibility,

Having regard to the Judgment of 20 December 1988, by which the Court found that it has jurisdiction to entertain the Application filed by the Republic of Nicaragua on 28 July 1986 and that that Application was admissible;

Whereas the suspension of the proceedings on the merits pending settlement of the questions of jurisdiction and admissibility has thus come to an end with the delivery of the Judgment of 20 December 1988, and the Court is therefore required to fix time-limits for written pleadings on the merits,

Having ascertained the views of the Parties,

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1989

1989
21 avril
Rôle général
n° 74

21 avril 1989

AFFAIRE RELATIVE À DES ACTIONS ARMÉES FRONTALIÈRES ET TRANSFRONTALIÈRES

(NICARAGUA c. HONDURAS)

ORDONNANCE

Le Président de la Cour internationale de Justice,

Vu l'article 48 du Statut de la Cour et les articles 31, 44 et 45 de son Règlement,

Vu l'ordonnance du 22 octobre 1986, par laquelle la Cour a notamment décidé que la procédure écrite porterait d'abord sur la question de la compétence de la Cour pour connaître du différend et sur celle de la recevabilité de la requête et a fixé la date d'expiration des délais pour le dépôt d'un mémoire par la République du Honduras et d'un contre-mémoire par la République du Nicaragua sur les questions de compétence et de recevabilité,

Vu l'arrêt du 20 décembre 1988, par lequel la Cour a dit qu'elle avait compétence pour connaître de la requête déposée le 28 juillet 1986 par la République du Nicaragua et que cette requête était recevable;

Considérant que la suspension de la procédure sur le fond, intervenue en attendant que soient réglées les questions de compétence et de recevabilité, a pris fin lorsque l'arrêt du 20 décembre 1988 a été rendu et que la Cour doit par conséquent fixer des délais pour le dépôt de pièces de procédure sur le fond,

Après s'être renseigné auprès des Parties,

Fixes time-limits as follows for written proceedings on the merits:

19 September 1989 for the Memorial of the Republic of Nicaragua;

19 February 1990 for the Counter-Memorial of the Republic of Honduras;

And reserves the subsequent procedure for further decision.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this twenty-first day of April, one thousand nine hundred and eighty-nine, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Republic of Nicaragua and the Government of the Republic of Honduras, respectively.

(Signed) José Maria RUDA,
President.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

Fixe comme suit la date d'expiration des délais pour le dépôt de pièces de procédure écrite sur le fond :

Pour le mémoire de la République du Nicaragua, le 19 septembre 1989 ;

Pour le contre-mémoire de la République du Honduras, le 19 février 1990 ;

Réserve la suite de la procédure.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au palais de la Paix, à La Haye, le vingt et un avril mil neuf cent quatre-vingt-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République du Nicaragua et au Gouvernement de la République du Honduras.

Le Président,
(Signé) José María RUDA.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

APPLICABILITY OF ARTICLE VI, SECTION 22, OF THE CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE UNITED NATIONS

(REQUEST FOR ADVISORY OPINION)

ORDER OF 14 JUNE 1989

1989

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

APPLICABILITÉ DE LA SECTION 22 DE L'ARTICLE VI DE LA CONVENTION SUR LES PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS DES NATIONS UNIES

(REQUÊTE POUR AVIS CONSULTATIF)

ORDONNANCE DU 14 JUIN 1989

Official citation :
Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Order of 14 June 1989, I.C.J. Reports 1989, p. 9.

Mode officiel de citation :
Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, ordonnance du 14 juin 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 9.

Sales number
N° de vente : **552**

14 JUNE 1989

ORDER

APPLICABILITY OF ARTICLE VI, SECTION 22, OF THE CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE UNITED NATIONS

(REQUEST FOR ADVISORY OPINION)

APPLICABILITÉ DE LA SECTION 22 DE L'ARTICLE VI DE LA CONVENTION SUR LES PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS DES NATIONS UNIES

(REQUÊTE POUR AVIS CONSULTATIF)

14 JUIN 1989

ORDONNANCE

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

1989
14 June
General List
No. 81

YEAR 1989

14 June 1989

APPLICABILITY OF ARTICLE VI, SECTION 22, OF THE CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE UNITED NATIONS

(REQUEST FOR ADVISORY OPINION)

ORDER

The President of the International Court of Justice,

Having regard to Article 66, paragraph 2, of the Statute of the Court,

Whereas on 24 May 1989 the United Nations Economic and Social Council adopted the following resolution (resolution 1989/75):

"*The Economic and Social Council,*

Having considered resolution 1988/37 of 1 September 1988 of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities and Commission on Human Rights resolution 1989/37 of 6 March 1989,

1. *Concludes* that a difference has arisen between the United Nations and the Government of Romania as to the applicability of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations [General Assembly resolution 22 A (I)] to Mr. Dumitru Mazilu as Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities;

2. *Requests*, on a priority basis, pursuant to Article 96, paragraph 2, of the Charter of the United Nations and in accordance with

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1989

1989
14 juin
Rôle général
n° 81

14 juin 1989

APPLICABILITÉ DE LA SECTION 22 DE L'ARTICLE VI DE LA CONVENTION SUR LES PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS DES NATIONS UNIES

(REQUÊTE POUR AVIS CONSULTATIF)

ORDONNANCE

Le Président de la Cour internationale de Justice,

Vu le paragraphe 2 de l'article 66 du Statut de la Cour,

Considérant que, le 24 mai 1989, le Conseil économique et social des Nations Unies a adopté la résolution 1989/75 ci-après :

« *Le Conseil économique et social,*

Ayant examiné la résolution 1988/37 de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, en date du 1er septembre 1988, et la résolution 1989/37 de la Commission des droits de l'homme, en date du 6 mars 1989,

1. *Conclut* qu'une divergence de vues s'est élevée entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement roumain quant à l'applicabilité de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies [résolution 22 A (I) de l'Assemblée générale] au cas de M. Dumitru Mazilu, en sa qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités;

2. *Demande* à titre prioritaire à la Cour internationale de Justice, en application du paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte des

General Assembly resolution 89 (I) of 11 December 1946, an advisory opinion from the International Court of Justice on the legal question of the applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations in the case of Mr. Dumitru Mazilu as Special Rapporteur of the Sub-Commission";

Whereas certified true copies of the English and French texts of that resolution were transmitted to the Court by a letter from the Secretary-General of the United Nations dated 1 June 1989, and received in the Registry on 13 June 1989;

Whereas in fixing time-limits for the proceedings, it is necessary to bear in mind that the request for opinion was expressed to be made "on a priority basis",

Decides that the United Nations and the States which are parties to the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations are likely to be able to furnish information on the question submitted to the Court for advisory opinion;

Fixes 31 July 1989 as the time-limit within which written statements may be submitted to the Court in accordance with Article 66, paragraph 2, of the Statute of the Court;

Fixes 31 August 1989 as the time-limit within which States and organizations having presented written statements may submit written comments on other written statements, in accordance with Article 66, paragraph 4, of the Statute of the Court;

Reserves the subsequent procedure for further decision.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this fourteenth day of June, one thousand nine hundred and eighty-nine.

(Signed) José María RUDA,
President.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

Nations Unies et conformément à la résolution 89 (I) de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 1946, un avis consultatif sur la question juridique de l'applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies au cas de M. Dumitru Mazilu en sa qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission »;

Considérant que copie certifiée conforme des versions anglaise et française de cette résolution a été transmise à la Cour par une lettre du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies du 1er juin 1989, reçue au Greffe le 13 juin 1989;

Considérant que, pour fixer les délais de procédure, il est nécessaire de tenir compte du fait que la requête pour avis consultatif a été expressément présentée « à titre prioritaire »,

Décide que l'Organisation des Nations Unies et les Etats parties à la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies sont susceptibles de fournir des renseignements sur la question soumise à la Cour pour avis consultatif;

Fixe au 31 juillet 1989 la date d'expiration du délai dans lequel des exposés écrits pourront être présentés à la Cour conformément au paragraphe 2 de l'article 66 de son Statut;

Fixe au 31 août 1989 la date d'expiration du délai dans lequel les Etats ou organisations qui auront présenté un exposé écrit pourront présenter des observations écrites sur les autres exposés écrits conformément au paragraphe 4 de l'article 66 du Statut de la Cour;

Réserve la suite de la procédure.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au palais de la Paix, à La Haye, le quatorze juin mil neuf cent quatre-vingt-neuf.

Le Président,
(Signé) José María RUDA.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING CERTAIN PHOSPHATE LANDS IN NAURU

(NAURU *v.* AUSTRALIA)

ORDER OF 18 JULY 1989

1989

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE DE CERTAINES TERRES À PHOSPHATES À NAURU

(NAURU c. AUSTRALIE)

ORDONNANCE DU 18 JUILLET 1989

Official citation :
Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. *Australia), Order of 18 July 1989, I.C.J. Reports 1989*, p. 12.

Mode officiel de citation :
Certaines terres à phosphates à Nauru (Nauru c. Australie), ordonnance du 18 juillet 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 12.

Sales number
N° de vente : **561**

18 JULY 1989

ORDER

CERTAIN PHOSPHATE LANDS IN NAURU
(NAURU *v.* AUSTRALIA)

CERTAINES TERRES À PHOSPHATES À NAURU
(NAURU c. AUSTRALIE)

18 JUILLET 1989

ORDONNANCE

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

1989
18 July
General List
No. 80

YEAR 1989

18 July 1989

CASE CONCERNING CERTAIN PHOSPHATE LANDS IN NAURU

(NAURU *v.* AUSTRALIA)

ORDER

Present: *President* RUDA; *Vice-President* MBAYE; *Judges* LACHS, ODA, AGO, SCHWEBEL, Sir Robert JENNINGS, BEDJAOUI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK; *Registrar* VALENCIA-OSPINA.

The International Court of Justice,

Composed as above,

Having regard to Article 48 of the Statute of the Court and to Articles 31, 44, 45 and 48 of the Rules of Court,

Having regard to the Application filed by the Republic of Nauru in the Registry of the Court on 19 May 1989, instituting proceedings against the Commonwealth of Australia in respect of a dispute concerning the rehabilitation of certain phosphate lands in Nauru mined under Australian administration before Nauruan independence;

Whereas on 19 May 1989 a copy of the Application was transmitted to the Commonwealth of Australia through its Ambassador in The Hague;

Whereas the Republic of Nauru has appointed as Agent Mr. V. S. Mani, Chief Secretary of the Republic of Nauru, and the Commonwealth of Australia has appointed as Agent Mr. Tom Sherman, Deputy Secretary in the Attorney-General's Department;

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1989

1989
18 juillet
Rôle général
n° 80

18 juillet 1989

AFFAIRE DE CERTAINES TERRES À PHOSPHATES À NAURU

(NAURU c. AUSTRALIE)

ORDONNANCE

Présents: M. RUDA, *Président*; M. MBAYE, *Vice-Président*; MM. LACHS, ODA, AGO, SCHWEBEL, sir Robert JENNINGS, MM. BEDJAOUI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK, *juges*; M. VALENCIA-OSPINA, *Greffier*.

La Cour internationale de Justice,

Ainsi composée,

Vu l'article 48 du Statut de la Cour et les articles 31, 44, 45 et 48 de son Règlement,

Vu la requête enregistrée au Greffe de la Cour le 19 mai 1989 par laquelle la République de Nauru a introduit une instance contre le Commonwealth d'Australie au sujet d'un différend relatif à la remise en état de certaines terres à phosphates à Nauru exploitées sous administration australienne avant l'indépendance de Nauru;

Considérant que, le 19 mai 1989, une copie de la requête a été transmise au Commonwealth d'Australie par l'intermédiaire de son ambassadeur aux Pays-Bas,

Considérant que la République de Nauru a désigné comme agent M. V. S. Mani, secrétaire en chef de la République de Nauru, et que le Commonwealth d'Australie a désigné comme agent M. Tom Sherman, secrétaire adjoint au bureau de l'*Attorney-General*;

Having ascertained the views of the Parties,

Fixes the following time-limits for the written proceedings:

20 April 1990 for the Memorial of the Republic of Nauru;

21 January 1991 for the Counter-Memorial of the Commonwealth of Australia;

And reserves the subsequent procedure for further decision.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this eighteenth day of July, one thousand nine hundred and eighty-nine, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Republic of Nauru and the Government of the Commonwealth of Australia, respectively.

(Signed) José María RUDA,
President.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

S'étant renseignée auprès des Parties,

Fixe comme suit les dates d'expiration des délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite :

Pour le mémoire de la République de Nauru, le 20 avril 1990;

Pour le contre-mémoire du Commonwealth d'Australie, le 21 janvier 1991 ;

Réserve la suite de la procédure.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au palais de la Paix, à La Haye, le dix-huit juillet mil neuf cent quatre-vingt-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République de Nauru et au Gouvernement du Commonwealth d'Australie.

Le Président,
(Signé) José María RUDA.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING ELETTRONICA SICULA S.p.A. (ELSI)

(UNITED STATES OF AMERICA *v.* ITALY)

JUDGMENT OF 20 JULY 1989

1989

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE DE L'ELETTRONICA SICULA S.p.A. (ELSI)

(ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. ITALIE)

ARRÊT DU 20 JUILLET 1989

Official citation :
Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), Judgment,
I.C.J. Reports 1989, p. 15.

Mode officiel de citation :
Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), arrêt,
C.I.J. Recueil 1989, p. 15.

Sales number
N° de vente : **562**

20 JULY 1989

JUDGMENT

ELETTRONICA SICULA S.p.A. (ELSI)
(UNITED STATES OF AMERICA *v.* ITALY)

ELETTRONICA SICULA S.p.A. (ELSI)
(ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. ITALIE)

20 JUILLET 1989

ARRÊT

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

1989
20 July
General List
No. 76

YEAR 1989

20 July 1989

CASE CONCERNING ELETTRONICA SICULA S.p.A. (ELSI)

(UNITED STATES OF AMERICA *v.* ITALY)

Diplomatic protection — Rule of exhaustion of local remedies — Applicability to claim under treaty which does not mention the rule — Applicability to claim for declaratory judgment — Allegation that objection barred by estoppel — Conditions required for the satisfaction of the rule.

Alleged breaches of 1948 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between Italy and United States, the Protocol and the 1951 Supplementary Agreement thereto.

Article III of FCN Treaty — Alleged interference with shareholders' right to "control and manage" company, by requisition of its plant and equipment — Meaning of qualifying phrase "in conformity with the applicable laws and regulations" of Party — Relevance of municipal law — Possibility of disturbance of normal exercise of rights during public emergencies and the like.

Article V, paragraphs 1 and 3, of FCN Treaty — "Constant protection and security" of nationals of each Party "for their persons and property" — Standard of protection required — Identification of "property" to be protected — Complaint of occupation of property — Treaty provision not equivalent to a warranty that property shall never in any circumstances be occupied or disturbed — Complaint of delay in ruling an appeal against requisition.

Article V, paragraph 2, of FCN Treaty — Paragraph 1 of Protocol to FCN Treaty — "The property of nationals . . . of either . . . Party shall not be taken . . ." — Difference between English text ("taken") and Italian text ("espropriati") *— Disguised expropriation — Relevance of company's financial situation.*

Article I of Supplementary Agreement to FCN Treaty — Prohibition of "arbitrary or discriminatory measures . . . resulting particularly in" preventing effective control and management of enterprises or impairing legally acquired rights — Effect of word "particularly" — Definition of arbitrariness in international law — Relevance of finding of municipal court to question whether act was to be classed

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1989

1989
20 juillet
Rôle général
n° 76

20 juillet 1989

AFFAIRE DE L'ELETTRONICA SICULA S.p.A. (ELSI)

(ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE c. ITALIE)

*Protection diplomatique — Règle de l'épuisement des recours internes — Applicabilité à une demande introduite en vertu d'un traité qui ne mentionne pas la règle — Applicabilité à une demande d'arrêt déclaratoire — Allégation que l'*estoppel *empêche d'invoquer l'exception — Conditions requises pour que la règle soit observée.*

Allégation de violations du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis et l'Italie, du protocole et de l'accord de 1951 complétant le traité.

Article III du traité de 1948 — Allégation d'ingérence dans le droit des actionnaires de « contrôler et gérer » une société, par la réquisition de son usine et de ses équipements — Sens de la clause restrictive « en conformité des lois et règlements applicables » d'une Partie — Pertinence du droit interne — Possibilité de troubler l'exercice normal de droits dans des situations d'urgente nécessité publique ou autres.

Paragraphes 1 et 3 de l'article V du traité de 1948 — « Protection et ... sécurité ... constantes » des ressortissants de chaque Partie « pour leurs personnes et leurs biens » — Norme de protection prescrite — Définition des « biens » à protéger — Grief d'occupation d'un bien — Disposition conventionnelle n'équivalant pas à la garantie qu'un bien ne sera jamais, en quelque circonstance que ce soit, l'objet d'une occupation ou de troubles de jouissance — Grief tiré du retard avec lequel il a été statué sur un recours exercé contre une réquisition.

Paragraphe 2 de l'article V du traité de 1948 — Paragraphe 1 du protocole au traité de 1948 — « Les ressortissants ... de chacune des ... Parties ... ne pourront être privés de leurs biens... » — Différence entre le texte anglais (« taken ») et le texte italien (« espropriati ») — Expropriation déguisée — Importance de la situation financière de la société.

Article premier de l'accord complétant le traité de 1948 — Interdiction de « mesures arbitraires ou discriminatoires ayant notamment pour effet » d'empêcher de contrôler et de gérer effectivement des entreprises ou de porter préjudice à des droits légitimement acquis — Effet du mot « notamment » — Définition de l'arbitraire en droit international — Incidence des conclusions d'une juridiction nationale sur la

as arbitrary in international law — Whether order made in context of operating system of law and remedies may be arbitrary measure.

Article VII of FCN Treaty — Right "to acquire, own and dispose of immovable property or interests therein" — Difference between English text ("interests") and Italian text ("diritti reali") *— Standards of protection laid down by treaty.*

JUDGMENT

Present: President RUDA; *Judges* ODA, AGO, SCHWEBEL, Sir Robert JENNINGS; *Registrar* VALENCIA-OSPINA.

In the case concerning Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI),

between

the United States of America,

represented by

The Honorable Abraham D. Sofaer, Legal Adviser, Department of State,
Mr. Michael J. Matheson, Deputy Legal Adviser, Department of State,

as Co-Agents;

Mr. Timothy E. Ramish,

as Deputy Agent;

Ms Melinda P. Chandler, Attorney/Adviser, Department of State,
Mr. Sean D. Murphy, Attorney/Adviser, Department of State,
The Honorable Richard N. Gardner, Ambassador to Italy (1977-1981); Henry L. Moses Professor of Law and International Diplomacy, Columbia University; Counsel to the Law Firm of Coudert Brothers,

as Counsel and Advocates;

Mr. Giuseppe Bisconti, Studio Legale Bisconti, Rome,
Mr. Franco Bonelli, Professor of Law, Genoa University; Partner, Studio Legale Bonelli,
Mr. Elio Fazzalari, Professor of Civil Procedure, Rome University; Partner, Studio Legale Fazzalari,
Mr. Shabtai Rosenne, Member of the Israel Bar; Member of the Institute of International Law; Honorary Member of the American Society of International Law,

as Advisers,

and

the Republic of Italy

represented by

Mr. Luigi Ferrari Bravo, Professor of International Law at the University of Rome; Head of the Legal Service of the Ministry of Foreign Affairs,

as Agent and Counsel;

question de savoir si un acte doit être qualifié d'arbitraire en droit international — Question de savoir si une ordonnance prise dans le cadre d'un système de droit et de recours qui fonctionnait peut constituer une mesure arbitraire.

Article VII du traité de 1948 — Droit « d'acquérir, détenir et céder des biens immobiliers ou des intérêts dans ces biens » — Différence entre le texte anglais (« interests ») *et le texte italien* (« diritti reali ») *— Normes de protection établies par le traité.*

ARRÊT

Présents: M. RUDA, *Président*; MM. ODA, AGO, SCHWEBEL, sir Robert JENNINGS, *juges*; M. VALENCIA-OSPINA, *Greffier.*

En l'affaire de l'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI),

entre

les Etats-Unis d'Amérique,

représentés par

l'honorable Abraham D. Sofaer, conseiller juridique au département d'Etat,
M. Michael J. Matheson, conseiller juridique adjoint au département d'Etat,

comme coagents;

M. Timothy E. Ramish,

comme agent adjoint;

Mme Melinda P. Chandler, avocat-conseiller au département d'Etat,
M. Sean D. Murphy, avocat-conseiller au département d'Etat,
l'honorable Richard N. Gardner, ambassadeur en Italie (1977-1981); professeur de droit et de diplomatie internationale à l'Université Columbia, titulaire de la chaire Henry L. Moses; conseiller du cabinet juridique Coudert Brothers,

comme conseils et avocats;

M. Giuseppe Bisconti, Studio Legale Bisconti, Rome,
M. Franco Bonelli, professeur de droit à l'Université de Gênes; associé du Studio Legale Bonelli,
M. Elio Fazzalari, professeur de procédure civile à l'Université de Rome; associé du Studio Legale Fazzalari,
M. Shabtai Rosenne, membre du barreau israélien; membre de l'Institut de droit international; membre honoraire de l'American Society of International Law,

comme conseillers,

et

la République italienne,

représentée par

M. Luigi Ferrari Bravo, professeur de droit international à l'Université de Rome; chef du service du contentieux du ministère des affaires étrangères,

comme agent et conseil;

Mr. Riccardo Monaco, Professor Emeritus at the University of Rome,

as Co-Agent and Counsel;

Mr. Ignazio Caramazza, State Advocate; Secretary-General of the Avvocatura Generale dello Stato,

as Co-Agent and Advocate;

Mr. Michael Joachim Bonell, Professor of Comparative Law at the University of Rome,
Mr. Francesco Capotorti, Professor of International Law at the University of Rome,
Mr. Giorgio Gaja, Professor of International Law at the University of Florence,
Mr. Keith Highet, Member of the Bars of New York and the District of Columbia,
Mr. Berardino Libonati, Professor of Commercial Law at the University of Rome,

as Counsel and Advocates;

assisted by

Mr. David Clark, LL.B. (Hons), Member of the Law Society of Scotland,
Mr. Alberto Colella, Assistant Legal Adviser to the Ministry of Foreign Affairs,
Mr. Alan Derek Hayward, Fellow of the Institute of Chartered Accountants in England and Wales,
Mr. Pier Giusto Jaeger, Professor of Commercial Law at the University of Milan,
Mr. Attila Tanzi, Assistant Legal Adviser to the Ministry of Foreign Affairs,

Mr. Eric Wyler, Maitre assistant of Public International Law at the Faculty of Law of the University of Lausanne,

as Advisers,

THE CHAMBER OF THE INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE formed to deal with the case above mentioned,

composed as above,

after deliberation,

delivers the following Judgment:

1. By a letter dated 6 February 1987, filed in the Registry of the Court the same day, the Secretary of State of the United States of America transmitted to the Court an Application instituting proceedings against the Republic of Italy in respect of a dispute arising out of the requisition by the Government of Italy of the plant and related assets of Raytheon-Elsi S.p.A., previously known as Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), an Italian company which was stated to have been 100 per cent owned by two United States corporations. By the same letter, the Secretary of State informed the Court that the Government of the United States requested, pursuant to Article 26 of the Statute of the Court, that the dispute be resolved by a Chamber of the Court.

M. Riccardo Monaco, professeur émérite de l'Université de Rome,

comme coagent et conseil;

M. Ignazio Caramazza, avocat de l'Etat; secrétaire général de l'Avvocatura Generale dello Stato,

comme coagent et avocat;

M. Michael Joachim Bonell, professeur de droit comparé à l'Université de Rome,
M. Francesco Capotorti, professeur de droit international à l'Université de Rome,
M. Giorgio Gaja, professeur de droit international à l'Université de Florence,
M. Keith Highet, membre des barreaux de New York et du district de Columbia,
M. Berardino Libonati, professeur de droit commercial à l'Université de Rome,

comme conseils et avocats;

assistés de

M. David Clark, LL.B. (Hons), membre de la Law Society of Scotland,
M. Alberto Colella, conseiller juridique adjoint au ministère des affaires étrangères,
M. Alan Derek Hayward, *Fellow* de l'Institute of Chartered Accountants in England and Wales,
M. Pier Giusto Jaeger, professeur de droit commercial à l'Université de Milan,
M. Attila Tanzi, conseiller juridique adjoint au ministère des affaires étrangères,
M. Eric Wyler, maître assistant de droit international public à la faculté de droit de l'Université de Lausanne,

comme conseillers,

LA CHAMBRE CONSTITUÉE PAR LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE pour connaître de l'affaire susmentionnée,

ainsi composée,

après délibéré,

rend l'arrêt suivant:

1. Par lettre du 6 février 1987, déposée au Greffe de la Cour le même jour, le secrétaire d'Etat des Etats-Unis d'Amérique a transmis à la Cour une requête introduisant une instance contre la République italienne au sujet d'un différend découlant de la réquisition par le Gouvernement italien de l'usine et d'autres éléments du patrimoine de Raytheon-Elsi S.p.A., société italienne connue précédemment sous le nom d'Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), qui était selon eux contrôlée à 100 pour cent par deux sociétés des Etats-Unis. Par cette même lettre, le secrétaire d'Etat a fait savoir à la Cour que le Gouvernement des Etats-Unis demandait, conformément à l'article 26 du Statut de la Cour, que le différend soit tranché par une chambre de la Cour.

2. Pursuant to Article 40, paragraph 2, of the Statute, the Application was at once communicated to the Government of the Republic of Italy. In accordance with paragraph 3 of that Article, all other States entitled to appear before the Court were notified of the Application.

3. By a telegram dated 13 February 1987 the Minister for Foreign Affairs of Italy informed the Court that his Government accepted the proposal put forward by the Government of the United States that the case be heard by a Chamber composed in accordance with Article 26 of the Statute; this acceptance was confirmed by a letter dated 13 February 1987 from the Agent of Italy.

4. By an Order dated 2 March 1987, the Court, after recalling the request for a Chamber and reciting that the Parties had been duly consulted as to the composition of the proposed Chamber in accordance with Article 26, paragraph 2, of the Statute and Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court, decided to accede to the request of the Governments of the United States of America and Italy to form a special Chamber of five judges to deal with the case, declared that at an election held on that day President Nagendra Singh and Judges Oda, Ago, Schwebel and Sir Robert Jennings had been elected to the Chamber, and declared a Chamber to deal with the case to have been duly constituted by the Order, with the composition indicated.

5. The Court further fixed time-limits, by the said Order, for the filing of a Memorial by the United States of America and a Counter-Memorial by Italy, which were duly filed within the time-limits. In its Counter-Memorial, Italy presented an objection to the admissibility of the Application; by letters addressed to the Registrar on 16 November 1987, the Parties agreed, with reference to Article 79, paragraph 8, of the Rules of Court, that the objection should "be heard and determined within the framework of the merits". By an Order dated 17 November 1987, the Chamber took note of that agreement, found that the filing of further pleadings by the Parties was necessary, authorized the filing of a Reply by the United States of America and a Rejoinder by Italy, and fixed time-limits for these; the Reply and Rejoinder were duly filed within those time-limits.

6. On 11 December 1988 Judge Nagendra Singh, President of the Chamber, died. Following further consultations with the Parties with regard to the composition of the Chamber in accordance with Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court, the Court, by Order dated 20 December 1988, declared that Judge Ruda, President of the Court, had that day been elected a Member of the Chamber to fill the vacancy left by the death of Judge Nagendra Singh. In accordance with Article 18, paragraph 2, of the Rules of Court, President Ruda became President of the Chamber.

7. At 12 public sittings held between 13 February and 2 March 1989, the Chamber was addressed by the following representatives of the Parties:

For the United States of America: The Honorable A. D. Sofaer
Mr. M. J. Matheson
Mr. T. E. Ramish
Ms M. P. Chandler
Mr. S. D. Murphy
The Honorable R. N. Gardner
Mr. G. Bisconti
Professor F. Bonelli
Professor E. Fazzalari

2. Conformément au paragraphe 2 de l'article 40 du Statut, la requête a été immédiatement communiquée au Gouvernement de la République italienne. Conformément au paragraphe 3 de cet article, tous les autres Etats admis à ester devant la Cour en ont été informés.

3. Par télégramme du 13 février 1987, le ministre des affaires étrangères d'Italie a fait savoir à la Cour que son gouvernement acceptait la proposition du Gouvernement des Etats-Unis tendant à ce que l'affaire soit portée devant une chambre composée conformément à l'article 26 du Statut, acceptation qui a été confirmée par lettre de l'agent de l'Italie en date du 13 février 1987.

4. Par ordonnance du 2 mars 1987, la Cour, après avoir rappelé la demande de constitution d'une chambre et mentionné que les Parties avaient été dûment consultées au sujet de la composition de cette chambre conformément au paragraphe 2 de l'article 26 du Statut et au paragraphe 2 de l'article 17 du Règlement de la Cour, a décidé d'accéder à la demande des Gouvernements des Etats-Unis d'Amérique et de l'Italie tendant à ce que soit constituée une chambre spéciale de cinq juges pour connaître de l'affaire; elle a déclaré que, lors d'une élection tenue le même jour, M. Nagendra Singh, Président de la Cour, ainsi que MM. Oda, Ago et Schwebel et sir Robert Jennings, juges, avaient été élus membres de la Chambre; elle a aussi déclaré que la Chambre, ainsi composée, avait été dûment constituée par cette ordonnance pour connaître de l'affaire.

5. Par la même ordonnance, la Cour a en outre fixé des délais pour le dépôt d'un mémoire par les Etats-Unis d'Amérique et d'un contre-mémoire par l'Italie, qui ont été dûment déposés dans ces délais. Dans son contre-mémoire, l'Italie a soulevé une exception à la recevabilité de la requête; par lettres adressées au Greffier le 16 novembre 1987, les Parties, se référant au paragraphe 8 de l'article 79 du Règlement de la Cour, se sont mises d'accord pour que cette exception «soit tranchée lors de l'examen au fond». Par ordonnance du 17 novembre 1987, la Chambre a pris note de cet accord, a jugé nécessaire la présentation d'autres pièces de procédure par les Parties, a autorisé la présentation d'une réplique par les Etats-Unis d'Amérique et d'une duplique par l'Italie et a fixé des délais pour leur dépôt. La réplique et la duplique ont été dûment déposées dans ces délais.

6. Le 11 décembre 1988, M. Nagendra Singh, président de la Chambre, est décédé. De nouvelles consultations ayant eu lieu avec les Parties au sujet de la composition de la Chambre, conformément au paragraphe 2 de l'article 17 du Règlement de la Cour, la Cour a déclaré, par ordonnance du 20 décembre 1988, que M. Ruda, Président de la Cour, avait été élu le même jour membre de la Chambre pour occuper le siège devenu vacant à la suite du décès de M. Nagendra Singh. Conformément au paragraphe 2 de l'article 18 du Règlement de la Cour M. Ruda, Président de la Cour, est devenu président de la Chambre.

7. Au cours de douze audiences publiques tenues du 13 février au 2 mars 1989, la Chambre a entendu:

Pour les Etats-Unis d'Amérique: l'honorable A. D. Sofaer,
M. M. J. Matheson,
M. T. E. Ramish,
M^me^ M. P. Chandler,
M. S. D. Murphy,
l'honorable R. N. Gardner,
M. G. Bisconti,
M. F. Bonelli,
M. E. Fazzalari.

For Italy:

Professor L. Ferrari Bravo
Professor R. Monaco
Mr. I. Caramazza
Professor M. J. Bonell
Professor F. Capotorti
Professor G. Gaja
Mr. K. Highet
Professor B. Libonati

8. The United States called as witnesses Mr. Charles Francis Adams (who was examined by Mr. Sofaer and cross-examined by Mr. Highet) and Mr. John Dickens Clare (who was examined by Ms Chandler and cross-examined by Mr. Highet). The United States called as expert Mr. Timothy Lawrence (who was cross-examined by Professor Bonell). Mr. Giuseppe Bisconti also addressed the Court on behalf of the United States; since he had occasion to refer to matters of fact within his knowledge as a lawyer acting for Raytheon Company, the President of the Chamber acceded to a request by the Agent of Italy that Mr. Bisconti be treated *pro tanto* as a witness. Mr. Bisconti, who informed the Chamber that both Raytheon Company and Mr. Bisconti himself waived any relevant privilege, was cross-examined by Mr. Highet. Italy called as expert Mr. Alan Derek Hayward.

9. During the hearings questions were put to the Parties, and to the witnesses and experts, by the President and Members of the Chamber; replies were given orally or in writing prior to the close of the oral proceedings, with documents in support. The Chamber decided further that each Party might comment in writing on the replies of the other Party to a series of questions, put at a late stage of the oral proceedings, and a time-limit was fixed for that purpose; written comments were duly filed within that time-limit. A further question was put to one Party after the close of the hearings and answered in writing; the other Party was given an opportunity to comment on the answer.

10. In the course of the written proceedings the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the United States of America,

in the Application:

> "while reserving the right to supplement and amend this submission as appropriate in the course of further proceedings, the United States requests the Court to adjudge and declare as follows:
>
> *(a)* that the Government of Italy has violated the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Italian Republic of 1948, in particular, Articles II, III, V and VII of the Treaty, and Articles I and V of the 1951 Supplement; and
>
> *(b)* that the Government of Italy is responsible to pay compensation to the United States, in an amount to be determined by the Court, as measured by the injuries suffered by United States nationals as a result of these violations, including the additional financial losses which Raytheon suffered in repaying the guaranteed loans and in not

Pour la République italienne: M. L. Ferrari Bravo,
M. R. Monaco,
M. I. Caramazza,
M. M. J. Bonell,
M. F. Capotorti,
M. G. Gaja,
M. K. Highet,
M. B. Libonati.

8. Les Etats-Unis ont fait comparaître en qualité de témoins M. Charles Francis Adams (dont l'interrogatoire a été conduit par M. Sofaer et le contre-interrogatoire par M. Highet) et M. John Dickens Clare (dont l'interrogatoire a éte conduit par M^me^ Chandler et le contre-interrogatoire par M. Highet). Les Etats-Unis ont fait comparaître en qualité d'expert M. Timothy Lawrence (dont le contre-interrogatoire a été conduit par M. Bonell). M. Giuseppe Bisconti s'est également adressé à la Cour au nom des Etats-Unis; comme il avait eu l'occasion de se référer à des points de fait dont il avait connaissance en tant qu'avocat de la société Raytheon, le président de la Chambre a accédé à une demande de l'agent de l'Italie tendant à ce que M. Bisconti soit considéré à cet égard comme témoin. M. Bisconti, qui a fait savoir à la Chambre que la société Raytheon avait levé son immunité et qu'il y avait lui-même renoncé, s'est soumis à un contre-interrogatoire conduit par M. Highet. L'Italie a fait comparaître en qualité d'expert M. Alan Derek Hayward.

9. Pendant l'audience, le président et des membres de la Chambre ont posé des questions aux Parties ainsi qu'aux témoins et experts; des réponses, avec documents à l'appui, ont été données oralement et par écrit avant la clôture de la procédure orale. La Chambre a décidé en outre que chaque Partie pourrait formuler des observations écrites sur les réponses de l'autre Partie à une série de questions qui avaient été posées vers la fin de la procédure orale; un délai a été fixé à cet effet; des observations écrites ont été dûment déposées dans ce délai. Une question a encore été posée, après la clôture des audiences, à l'une des Parties, qui y a répondu par écrit; l'autre Partie a eu la possibilité de présenter des observations sur cette réponse.

10. Au cours de la procédure écrite, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties:

Au nom des Etats-Unis d'Amérique,

dans la requête:

> «tout en se réservant le droit de compléter et de modifier, le cas échéant, les présentes conclusions pendant la suite de la procédure, les Etats-Unis prient la Cour de dire et juger:
>
> *a)* que le Gouvernement italien a violé le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne, en particulier ses articles II, III, V et VII, ainsi que les articles premier et V de l'accord complémentaire de 1951;
> *b)* que le Gouvernement italien est tenu de verser aux Etats-Unis des dommages et intérêts dont le montant sera fixé par la Cour en proportion des préjudices subis par des ressortissants des Etats-Unis à la suite desdites violations, y compris les pertes financières supplémentaires que Raytheon a subies pour avoir remboursé les emprunts garantis et ne pas

recovering amounts due on open accounts, as well as expenses incurred in defending against Italian bank lawsuits, in mitigating the damage to its reputation and credit, and in pursuing its claim for redress";

in the Memorial:

"the United States submits to the Court that it is entitled to a declaration and judgment that:

(a) Italy — by engaging in the acts and omissions described above, which prevented Raytheon and Machlett, United States corporations, from liquidating the assets of their wholly-owned Italian corporation ELSI and caused the latter's bankruptcy, and by its subsequent actions and omissions — violated the international legal obligations which it undertook by the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the two countries, and the Supplement thereto, and in particular, violated:

- Article III (2), in that Italy's actions and omissions prevented Raytheon and Machlett from exercising their right to manage and control an Italian corporation;
- Article V (1) and (3), in that Italy's actions and omissions constituted a failure to provide the full protection and security as required by the Treaty and by international law;
- Article V (2), in that Italy's actions and omissions constituted a taking of Raytheon's and Machlett's interests in property without just compensation and due process of law;
- Article VII, in that these actions and omissions denied Raytheon and Machlett the right to dispose of their interests in immovable property on terms no less favorable than an Italian corporation would enjoy on a reciprocal basis;
- Article I of the Supplement, in that the treatment afforded Raytheon and Machlett was both arbitrary and discriminatory, prevented their effective control and management of ELSI, and also impaired their other legally acquired rights and interests;

(b) that, owing to these violations of the Treaty and Supplement, singly and in combination, the United States is entitled to compensation in an amount equal to the full amount of the damage suffered by Raytheon and Machlett as a consequence, including their losses on investment, guaranteed loans, and open accounts, the legal expenses incurred by Raytheon in connection with the bankruptcy, in defending against related litigation and in pursuing its claim, and interest on such amounts computed at the United States prime rate from the date of loss to the date of payment of the award, compounded on an annual basis; and

(c) that Italy accordingly should pay to the United States the amount of US$12,679,000, plus interest, computed as described above";

avoir recouvré les sommes qui lui étaient dues au titre d'un crédit qu'elle avait ouvert, ainsi qu'en raison des dépenses qu'elle a faites afin de se défendre dans des actions intentées par des banques italiennes, de limiter l'atteinte portée à sa réputation et à son crédit, et de demander réparation »;

dans le mémoire:

« les Etats-Unis s'estiment autorisés à demander à la Cour de dire et juger:

a) que l'Italie — par les actes et omissions décrits ci-dessus, qui ont empêché Raytheon et Machlett, sociétés des Etats-Unis, de liquider les biens de l'ELSI, société italienne entièrement entre leurs mains, et qui ont causé la faillite de cette société, ainsi que par ses actes et omissions ultérieurs — a violé les obligations qu'elle avait assumées au regard du droit international dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les deux pays et dans l'accord complétant ce traité et, en particulier, qu'elle a violé:

- le paragraphe 2 de l'article III, en ce que les actes et omissions de l'Italie ont empêché Raytheon et Machlett d'exercer leur droit de gérer et de contrôler une société italienne;
- les paragraphes 1 et 3 de l'article V, en ce que les actes et omissions de l'Italie ont constitué un manquement à l'obligation d'assurer pleinement la protection et la sécurité, de la manière requise par le traité et par le droit international;
- le paragraphe 2 de l'article V, en ce que les actes et omissions de l'Italie ont constitué une dépossession privant Raytheon et Machlett de leurs droits sur des biens, sans une indemnité équitable et sans une procédure conforme au droit;
- l'article VII, en ce que ces actes et omissions ont dénié à Raytheon et Machlett le droit de céder leurs intérêts dans des biens immobiliers à des conditions non moins favorables que celles dont aurait joui une société italienne sur une base de réciprocité;
- l'article premier de l'accord complémentaire, en ce que le traitement appliqué à Raytheon et Machlett était à la fois arbitraire et discriminatoire, les a empêchées de diriger et de gérer effectivement l'ELSI, et a porté préjudice aux autres droits et intérêts qu'elles avaient légitimement acquis;

b) que, vu ces violations du traité et de l'accord complémentaire, considérées séparément et conjointement, les Etats-Unis ont droit à une indemnité d'un montant égal au montant total du préjudice qui en est résulté pour Raytheon et Machlett, y compris les pertes que ces sociétés ont subies sur leurs investissements, sur les prêts garantis et sur les comptes courants ouverts, les frais de justice engagés par Raytheon du fait de la faillite, pour assurer sa défense dans des poursuites liées à celle-ci et pour faire valoir ses propres revendications, ainsi que les intérêts sur lesdits montants, calculés au taux de base des Etats-Unis depuis la date de la perte jusqu'à celle du paiement de l'indemnité et composés annuellement;

c) que l'Italie doit, en conséquence, verser aux Etats-Unis la somme de 12 679 000 dollars des Etats-Unis, plus les intérêts, calculés comme il est dit ci-dessus »;

in the Reply:

"the United States submits to the Court that it is entitled to a declaration and judgment that:

(a) the claims brought by the United States are admissible before the Court since all reasonable local remedies have been exhausted;

(b) Italy — by engaging in the acts and omissions described above and in the Memorial, which prevented Raytheon and Machlett, United States corporations, from liquidating the assets of their wholly-owned Italian corporation ELSI and caused the latter's bankruptcy, and by its subsequent actions and omissions — violated the international legal obligations which it undertook by the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the two countries, and the Supplement thereto, and in particular, violated:

- Article III (2), in that Italy's actions and omissions prevented Raytheon and Machlett from exercising their right to manage and control an Italian corporation;
- Article V (1) and (3), in that Italy's actions and omissions constituted a failure to provide the full protection and security as required by the Treaty and by international law;
- Article V (2), in that Italy's actions and omissions constituted a taking of Raytheon's and Machlett's interests in property without just compensation and due process of law;
- Article VII, in that these actions and omissions denied Raytheon and Machlett the right to dispose of their interests in immovable property on terms no less favorable than an Italian corporation would enjoy on a reciprocal basis;
- Article I of the Supplement, in that the treatment afforded Raytheon and Machlett was both arbitrary and discriminatory, prevented their effective control and management of ELSI, and also impaired their other legally acquired rights and interests;

(c) that, owing to these violations of the Treaty and Supplement, singly and in combination, the United States is entitled to compensation in an amount equal to the full amount of the damage suffered by Raytheon and Machlett as a consequence, including their losses on investment, guaranteed loans, and open accounts, the legal expenses incurred by Raytheon in connection with the bankruptcy, in defending against related litigation and in pursuing its claim, and interest on such amounts computed at the United States prime rate from the date of loss to the date of payment of the award, compounded on an annual basis; and

(d) that Italy accordingly should pay to the United States the amount of US$12,679,000, plus interest, computed as described above and in the Memorial."

On behalf of the Republic of Italy,

in the Counter-Memorial and in the Rejoinder:

dans la réplique:

« les Etats-Unis s'estiment autorisés à prier la Cour de dire et juger:

a) que les demandes présentées par les Etats-Unis sont recevables devant la Cour vu que tous les recours internes raisonnables ont été épuisés;

b) que l'Italie — par les actes et omissions décrits ci-dessus ainsi que dans le mémoire, qui ont empêché Raytheon et Machlett, sociétés des Etats-Unis, de liquider les biens de l'ELSI, société italienne entièrement entre leurs mains, et qui ont causé la faillite de cette société, ainsi que par ses actes et omissions ultérieurs — a violé les obligations qu'elle avait assumées au regard du droit international dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les deux pays et dans l'accord complétant ce traité et, en particulier, qu'elle a violé:

- le paragraphe 2 de l'article III, en ce que les actes et omissions de l'Italie ont empêché Raytheon et Machlett d'exercer leur droit de gérer et de contrôler une société italienne;
- les paragraphes 1 et 3 de l'article V, en ce que les actes et omissions de l'Italie ont constitué un manquement à l'obligation d'assurer pleinement la protection et la sécurité, de la manière requise par le traité et par le droit international;
- le paragraphe 2 de l'article V, en ce que les actes et omissions de l'Italie ont constitué une dépossession privant Raytheon et Machlett de leurs droits sur des biens, sans une indemnité équitable et sans une procédure conforme au droit;
- l'article VII, en ce que ces actes et omissions ont dénié à Raytheon et Machlett le droit de céder leurs intérêts dans des biens immobiliers à des conditions non moins favorables que celles dont aurait joui une société italienne sur une base de réciprocité;
- l'article premier de l'accord complémentaire, en ce que le traitement appliqué à Raytheon et Machlett était à la fois arbitraire et discriminatoire, les a empêchées de diriger et de gérer effectivement l'ELSI, et a porté préjudice aux autres droits et intérêts qu'elles avaient légitimement acquis;

c) que, vu ces violations du traité et de l'accord complémentaire, considérées séparément et conjointement, les Etats-Unis ont droit à une indemnité d'un montant égal au montant total du préjudice qui en est résulté pour Raytheon et Machlett, y compris les pertes que ces sociétés ont subies sur leurs investissements, sur les prêts garantis et sur les comptes courants ouverts, les frais de justice engagés par Raytheon du fait de la faillite, pour assurer sa défense dans des poursuites liées à celle-ci et pour faire valoir ses propres revendications, ainsi que les intérêts sur lesdits montants, calculés aux taux de base des Etats-Unis depuis la date de la perte jusqu'à celle du paiement de l'indemnité et composés annuellement;

d) que l'Italie doit, en conséquence, verser aux Etats-Unis la somme de 12 679 000 dollars des Etats-Unis, plus les intérêts, calculés comme il est dit ci-dessus ainsi que dans le mémoire. »

Au nom de la République italienne,

dans le contre-mémoire et dans la duplique:

"May it please the Court,

To adjudge and declare that the Application filed on 6 February 1987 by the United States Government is inadmissible because local remedies have not been exhausted.

If not, to adjudge and declare:

(1) that Article III (2) of the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation of 2 February 1948 has not been violated;
(2) that Article V (1) and (3) of the Treaty has not been violated;
(3) that Article V (2) of the Treaty has not been violated;
(4) that Article VII of the Treaty has not been violated;
(5) that Article I of the Supplementary Agreement of 26 September 1951 has not been violated;

and, accordingly, to dismiss the claim."

11. In the course of the oral proceedings the following submissions were presented by the Parties:

On behalf of the United States of America,

at the hearing of 16 February 1989:

"The United States requests that the objection of the Respondent be dismissed and submits to the Court that it is entitled to a declaration and judgment that:

(1) the Respondent violated the international legal obligations which it undertook by the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the two countries, and the Supplement thereto, and in particular, violated Articles III, V, and VII of the Treaty and Article I of the Supplement; and
(2) that, owing to these violations of the Treaty and Supplement, singly and in combination, the United States is entitled to reparation in an amount equal to the full amount of the damage suffered by Raytheon and Machlett as a consequence, including their losses on investment, guaranteed loans, and open accounts, the legal expenses incurred by Raytheon in connection with the bankruptcy, in defending against related litigation and in pursuing its claim, and interest on such amounts computed at the United States prime rate from the date of loss to the date of payment of the award, compounded on an annual basis; and

(3) that Italy accordingly should pay to the United States the amount of $12,679,000 plus interest."

At the hearing of 27 February 1989 (afternoon) the Agent of the United States confirmed that these were the final submissions of the United States.

On behalf of the Republic of Italy,

at the hearing of 23 February 1989, repeated as final submissions at the hearing of 2 March 1989 (afternoon):

"May it please the Court,

A. To adjudge and declare that the Application filed on 6 February

« Plaise à la Cour :

Dire et juger que la requête déposée le 6 février 1987 par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique est irrecevable en raison du non-épuisement des voies de recours internes.

Sinon, dire et juger :

1) que le paragraphe 2 de l'article III du traité d'amitié, de commerce et de navigation du 2 février 1948 n'a pas été violé ;
2) que les paragraphes 1 et 3 de l'article V dudit traité n'a pas été violé ;
3) que le paragraphe 2 de l'article V dudit traité n'a pas été violé ;
4) que l'article VII dudit traité n'a pas été violé ;
5) que l'article premier de l'accord complémentaire du 26 septembre 1951 n'a pas été violé ;

et, en conséquence, rejeter la demande. »

11. Au cours de la procédure orale, les conclusions ci-après ont été présentées par les Parties :

Au nom des Etats-Unis d'Amérique,

à l'audience du 16 février 1989 :

« Les Etats-Unis demandent que l'exception du défendeur soit rejetée et s'estiment autorisés à prier la Cour de dire et juger :

1) que le défendeur a violé les obligations qu'il avait assumées au regard du droit international dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les deux pays et dans l'accord complétant ce traité et, en particulier, qu'il a violé les articles III, V et VII du traité et l'article premier de l'accord complémentaire ;
2) que, vu ces violations du traité et de l'accord complémentaire, considérées séparément et conjointement, les Etats-Unis ont droit à une réparation d'un montant égal au montant total du préjudice qui en est résulté pour Raytheon et Machlett, y compris les pertes que ces sociétés ont subies sur leurs investissements, sur les prêts garantis et sur les comptes courants ouverts, les frais de justice engagés par Raytheon du fait de la faillite, pour assurer sa défense dans des poursuites liées à celle-ci et pour faire valoir ses propres revendications, ainsi que les intérêts sur lesdits montants, calculés au taux de base des Etats-Unis depuis la date de la perte jusqu'à celle du paiement de l'indemnité et composés annuellement ;
3) que l'Italie doit, en conséquence, verser aux Etats-Unis la somme de 12 679 000 dollars des Etats-Unis, plus les intérêts. »

A l'audience du 27 février 1989 (après-midi), l'agent des Etats-Unis a confirmé que telles étaient les conclusions finales des Etats-Unis.

Au nom de la République italienne,

à l'audience du 23 février 1989, réitérées en tant que conclusions finales à l'audience du 2 mars 1989 (après-midi) :

« Plaise à la Cour :

A. Dire et juger que la requête déposée le 6 février 1987 par le Gouver-

1987 by the United States Government is inadmissible because local remedies have not been exhausted.

B. If not, to adjudge and declare:

(1) that Article III of the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation of 2 February 1948 has not been violated;
(2) that Article V, paragraphs 1 and 3, of the Treaty has not been violated;
(3) that Article V, paragraph 2, of the Treaty, and the related provisions of the Protocol to the Treaty, have not been violated;
(4) that Article VII of the Treaty has not been violated;
(5) that Article I of the Supplementary Agreement of 26 September 1951 has not been violated; and
(6) that no other Article of the Treaty or the Supplementary Agreement has been violated.

C. On a subsidiary and alternative basis only: to adjudge and declare that, even if there had been a violation of obligations under the Treaty or the Supplementary Agreement, such violation caused no injury for which the payment of any indemnity would be justified.

And, accordingly, to dismiss the claim."

* *

12. The claim of the United States in the present case is that Italy has violated the international legal obligations which it undertook by the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the two countries concluded on 2 February 1948 ("the FCN Treaty") and the Supplementary Agreement thereto concluded on 26 September 1951, by reason of its acts and omissions in relation to, and its treatment of, two United States corporations, the Raytheon Company ("Raytheon") and The Machlett Laboratories Incorporated ("Machlett"), in relation to the Italian corporation Raytheon-Elsi S.p.A. (previously Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)), which was wholly owned by the two United States corporations. Italy contests certain of the facts alleged by the United States, denies that there has been any violation of the FCN Treaty, and contends, on a subsidiary and alternative basis, that if there was any such violation, no injury was caused for which payment of any indemnity would be justified.

13. In 1955, Raytheon (then known as Raytheon Manufacturing Company) agreed to subscribe for 14 per cent of the shares in Elettronica Sicula S.p.A. Over the period 1956-1967, Raytheon successively increased its holding of ELSI shares (as well as investing capital in the company in other ways) to a total holding of 99.16 per cent of its shares. In April 1963 the name of the company was changed from Elettronica Sicula S.p.A. to "Raytheon-Elsi S.p.A."; it will however be referred to hereafter as "ELSI". The remaining shares (0.84 per cent) in ELSI were acquired in April 1967 by Machlett, which was a wholly-owned subsidiary of Raytheon. ELSI was established in Palermo, Sicily, where it had a plant for the production of electronic components; in 1967 it had a workforce of

nement des Etats-Unis d'Amérique est irrecevable en raison du non-épuisement des voies de recours internes.

B. Sinon, dire et juger :

1) que l'article III du traité d'amitié, de commerce et de navigation du 2 février 1948 n'a pas été violé ;
2) que les paragraphes 1 et 3 de l'article V dudit traité n'a pas été violé ;
3) que le paragraphe 2 de l'article V dudit traité et les dispositions connexes du protocole de ce traité n'ont pas été violées ;
4) que l'article VII dudit traité n'a pas été violé ;
5) que l'article premier de l'accord complémentaire du 26 septembre 1951 n'a pas été violé ;
6) qu'aucun autre article du traité ou de l'accord complémentaire n'a été violé.

C. A titre subsidiaire et alternatif seulement : dire et juger que, même s'il y a eu violation d'obligations découlant du traité ou de l'accord complémentaire, cette violation n'a causé aucun préjudice qui justifierait le versement d'une indemnité.

Et, en conséquence, rejeter la demande. »

* *

12. Dans la présente affaire, les Etats-Unis soutiennent que l'Italie a violé les obligations de droit international qu'elle a assumées dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation conclu entre les deux pays le 2 février 1948 (ci-après dénommé le « traité de 1948 ») et dans l'accord complétant ce traité, conclu le 26 septembre 1951, en raison de ses actes et omissions envers deux sociétés américaines, Raytheon Company (ci-après dénommée « Raytheon ») et The Machlett Laboratories Incorporated (ci-après dénommée « Machlett »), et en raison de la manière dont elle les a traitées relativement à une société italienne que ces deux sociétés américaines contrôlaient entièrement, la Raytheon-Elsi S.p.A. (antérieurement nommée Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI)). L'Italie conteste certains des faits allégués par les Etats-Unis, nie qu'il y ait eu une quelconque violation du traité de 1948 et soutient, à titre subsidiaire et alternatif, que s'il y a eu une telle violation, elle n'a causé aucun préjudice qui justifierait le versement d'une indemnité.

13. En 1955, Raytheon (connue alors sous le nom de Raytheon Manufacturing Company) a décidé de souscrire pour 14 pour cent d'actions de l'Elettronica Sicula S.p.A. De 1956 à 1967, Raytheon a successivement accru sa participation au capital de l'ELSI (elle a aussi investi des capitaux sous d'autres formes dans cette société) pour posséder au total 99,16 pour cent de ses actions. En avril 1963, la raison sociale de la société, qui était « Elettronica Sicula S.p.A. », a été remplacée par « Raytheon-Elsi S.p.A. » ; elle sera cependant désignée ci-après sous le nom d'« ELSI ». Les autres actions de l'ELSI (soit 0,84 pour cent) ont été acquises en avril 1967 par Machlett, filiale de Raytheon entièrement aux mains de celle-ci. L'ELSI a été constituée à Palerme (Sicile) où elle avait une usine pour la

slightly under 900 employees. Its five major product lines were microwave tubes, cathode-ray tubes, semiconductor rectifiers, X-ray tubes and surge arresters.

14. During the fiscal years 1964 to 1966 inclusive, ELSI made an operating profit, but this profit was insufficient to offset its debt expense or accumulated losses, and no dividends were ever paid to its shareholders. In June 1964, the accumulated losses exceeded one-third of the company's share capital, and ELSI was thus required by Article 2446 of the Italian Civil Code to reduce its equity from 4,300 million lire to 2,000 million lire. The capital stock was therefore devalued by 2,300 million lire and recapitalized by an equal amount subscribed by Raytheon. A similar operation was necessary in March 1967. In February 1967, according to the United States, Raytheon began taking steps to endeavour to make ELSI self-sufficient. Raytheon and Machlett designated a number of highly-qualified personnel to provide financial, managerial and technical expertise, and Raytheon provided a total of over 4,000 million lire in recapitalization and guaranteed credit. By December 1967, according to the United States, major steps had been taken to upgrade plant facilities and operations.

15. At the same time, however, the Chairman of ELSI, and other senior Raytheon officials, held numerous meetings, between February 1967 and March 1968, with cabinet-level officials of the Italian Government and of the Sicilian region, as well as representatives of the Istituto per la Ricostruzione Industriale ("IRI"), the Ente Siciliano per la Produzione Industriale ("ESPI"), and the private sector. IRI was a holding company controlled by Italy with extensive commercial interests, and dominated at this time the telecommunications, electronics and engineering markets. ESPI was the Sicilian Government industrial organization responsible for the promotion of local development. The purpose of these meetings was stated to be to find for ELSI an Italian partner with economic power and influence and to explore the possibilities of other governmental support. The management of Raytheon had formed the view that, "without a partnership with IRI or other equivalent Italian Governmental entity, ELSI would continue to be an outsider to the Italian industrial community"; such a partnership would, it was thought, "positively influence government decision-making in economic planning", and enable ELSI also to secure benefits and incentives under Italian legislation designed to favour industrial development in the southern region, the Mezzogiorno. Evidence has been given that the management of ELSI was advised that the company was entitled to such Mezzogiorno benefits, but the Chamber has been told by Italy that it was not so entitled. The support of the national and regional governments was regarded as particularly important because in numerous markets crucial to ELSI's operations and success

fabrication de composants électroniques; en 1967, elle employait une main-d'œuvre d'un peu moins de neuf cents salariés. Ses cinq principaux secteurs de production étaient ceux des tubes à micro-ondes, des tubes à rayons cathodiques, des redresseurs à semi-conducteurs, des tubes à rayons X et des disjoncteurs.

14. Pour les exercices 1964, 1965 et 1966, le compte d'exploitation de l'ELSI a été bénéficiaire, mais ce bénéfice était insuffisant pour couvrir la charge de la dette ou les pertes accumulées; les actionnaires n'ont jamais reçu de dividendes. En juin 1964 les pertes accumulées dépassaient le tiers du capital de la société, ce qui obligeait celle-ci, en vertu de l'article 2446 du Code civil italien, à réduire son capital social de 4300 millions de lires à 2000 millions de lires. Le capital-actions a par conséquent été diminué de 2300 millions de lires puis augmenté d'un montant équivalent souscrit par Raytheon. Une opération analogue a été nécessaire en mars 1967. Selon les Etats-Unis, en février 1967, Raytheon a entrepris une action en vue de permettre à l'ELSI de devenir autonome. Raytheon et Machlett ont désigné plusieurs personnes hautement qualifiées qui devaient mettre à la disposition de l'ELSI leurs compétences spécialisées en matière de finances, de gestion ou de technologie; Raytheon a fourni à l'ELSI pour plus de 4000 millions de lires en souscrivant à l'augmentation de capital et sous forme de garanties de prêts. Selon les Etats-Unis, en décembre 1967, d'importantes mesures avaient été appliquées pour améliorer les installations et le fonctionnement de l'usine.

15. En même temps, de février 1967 à mars 1968, le président de l'ELSI et des dirigeants de Raytheon ont tenu de nombreuses réunions avec des représentants du Gouvernement italien et de la région sicilienne, de niveau ministériel, ainsi qu'avec des représentants de l'Istituto per la Ricostruzione Industriale (IRI), de l'Ente Siciliano per la Produzione Industriale (ESPI) et du secteur privé. L'IRI était une société holding contrôlée par l'Etat italien, ayant des intérêts commerciaux étendus et dominant à l'époque les marchés des télécommunications, de l'électronique et des industries mécaniques. L'ESPI était l'organisme industriel du gouvernement sicilien chargé de la promotion du développement local. Il a été dit que l'objectif de ces réunions était de trouver pour l'ELSI un partenaire italien puissant et influent sur le plan économique et d'examiner d'autres modalités possibles de soutien gouvernemental. La direction de Raytheon estimait que «sans une association avec l'IRI ou un autre organisme public italien équivalent, l'ELSI continuerait d'être considérée comme une entreprise étrangère au sein de la communauté industrielle italienne»; une telle association, pensait la direction, «influerait ... positivement sur l'élaboration des décisions des pouvoirs publics en matière de planification économique» et permettrait aussi à l'ELSI d'obtenir les avantages et mesures d'incitations prévus par la législation italienne pour favoriser le développement industriel de la région méridionale, le Mezzogiorno. Des éléments de preuve ont été produits d'après lesquels la direction de l'ELSI a été informée que celle-ci avait droit à ces avantages en faveur du Mezzogiorno, mais l'Italie a déclaré devant

the Italian Government, through IRI or otherwise, played a dominant role as a customer. A detailed "Project for the Financing and Reorganization of the Company" was prepared and submitted to ESPI in May 1967.

16. The management of ELSI took the view that one of the reasons for its lack of success was that it had trained and was employing an excessively large labour force. In June 1967 it was decided to dismiss some 300 employees; under an Italian union agreement this involved a procedure of notifications and negotiations. On the intervention of ESPI, an alternative plan was agreed to whereby 168 workers would be suspended from 10 July 1967, with limited pay by ELSI for a period not exceeding six weeks. After a training programme during which the workers were paid by the Sicilian Government, it was contemplated that ELSI would endeavour to re-employ the suspended employees. The necessary additional business to make this possible was not forthcoming, and the suspended employees were dismissed early in March 1968. A number of random strikes had occurred in early 1968, and as a result of the dismissals a complete strike of the plant occurred on 4 March 1968. According to the Government of Italy, this strike also involved an occupation of the plant by the workforce, which occupation was still continuing when the plant was requisitioned on 1 April 1968 (paragraph 30 below). The United States claims however that strikes and "sit-ins" prior to the requisition were only sporadic and that only after the filing of a petition in bankruptcy on 26 April 1968 (paragraph 36 below) did the workers actually occupy the plant for a sustained period.

17. When it became apparent that the discussions with Italian officials and companies were unlikely to lead to a mutually satisfactory arrangement to resolve ELSI's difficulties, Raytheon and Machlett, as shareholders in ELSI, began seriously to plan to close and liquidate ELSI to minimize their losses. General planning for the potential liquidation of ELSI began in the latter part of 1967, and in early 1968 detailed plans were made for a shut-down and liquidation at any time after 16 March 1968. On 2 March 1968, the company's books and accounting records, and, according to a witness at the hearings, "quite a lot of inventory", were transferred from its offices in Palermo to a regional office in Milan. On 7 March 1968, Raytheon formally notified ELSI that, notwithstanding ELSI's need for further capital, Raytheon would not "subscribe to any further stock which might be issued by Raytheon-Elsi or to guarantee any additional loans which might be made by others to Raytheon-Elsi".

la Chambre que la société n'y avait pas droit. L'appui des pouvoirs publics, tant au niveau national que régional, était considéré comme particulièrement important parce que, sur de nombreux marchés essentiels aux activités de l'ELSI et à sa réussite, le Gouvernement italien, par l'intermédiaire de l'IRI ou autrement, jouait un rôle prépondérant comme client. Un « Projet de financement et de réorganisation de la société », détaillé, a été établi et présenté à l'ESPI en mai 1967.

16. La direction de l'ELSI a estimé que l'une des raisons de son insuccès tenait au fait qu'elle avait formé et employait une main-d'œuvre beaucoup trop nombreuse. En juin 1967, il fut décidé de licencier environ trois cents travailleurs; en vertu d'un accord syndical italien, cette mesure impliquait une procédure de préavis et de notifications. Sur l'intervention de l'ESPI, un autre plan fut arrêté suivant lequel cent soixante-huit salariés seraient mis à pied à compter du 10 juillet 1967 et recevraient une rémunération partielle de l'ELSI pendant six semaines au maximum. A l'issue d'un programme de formation pendant lequel ces travailleurs ont été payés par le gouvernement de la région sicilienne, il fut envisagé que l'ELSI s'efforcerait de réembaucher les travailleurs mis à pied. Comme les nouvelles affaires qui auraient été nécessaires à la mise en œuvre de ce plan ne s'annonçaient pas, les salariés mis à pied furent licenciés au début de mars 1968. Quelques grèves épisodiques s'étaient produites au début de 1968 et, à la suite des licenciements, une grève générale à l'usine eut lieu le 4 mars 1968. Selon le Gouvernement italien, cette grève s'est accompagnée d'une occupation de l'usine par les ouvriers, occupation qui se poursuivait encore lorsque l'usine fut réquisitionnée le 1er avril 1968 (paragraphe 30 ci-après). Les Etats-Unis soutiennent en revanche que les débrayages et grèves sur le tas antérieurs à la réquisition n'ont été que sporadiques et que ce n'est qu'après la demande de mise en faillite, le 26 avril 1968 (pararagraphe 36 ci-après), que les ouvriers ont véritablement occupé l'usine pour une période prolongée.

17. Lorsqu'il est devenu clair que les discussions avec les autorités et les sociétés italiennes avaient peu de chance de conduire à un arrangement mutuellement satisfaisant pour résoudre les difficultés de l'ELSI, Raytheon et Machlett, en tant qu'actionnaires de l'entreprise, commencèrent à envisager sérieusement de fermer et de liquider l'ELSI pour minimiser leurs pertes. La préparation des grandes lignes d'un plan de liquidation éventuelle de l'ELSI commença dans les derniers mois de 1967 et, au début de 1968, des plans détaillés furent mis au point en vue de la fermeture de l'ELSI et de sa liquidation à une date postérieure au 16 mars 1968. Le 2 mars 1968, les registres et pièces comptables de la société ainsi qu'« une bonne partie de ses stocks », selon les termes employés par un témoin à l'audience, furent transférés de ses bureaux de Palerme à un bureau régional à Milan. Le 7 mars 1968, Raytheon avertit officiellement l'ELSI que, bien que cette dernière eût besoin de fonds supplémentaires, Raytheon ne pourrait « souscrire aux actions supplémentaires que pourrait émettre Raytheon-Elsi ou ... garantir les prêts supplémentaires que d'autres pourraient faire à Raytheon-Elsi ».

18. This decision was stated to have been taken, *inter alia*, on review of the proposed balance sheet showing the position on 30 September 1967; that balance sheet showed the book value of the assets of ELSI as 17,956.3 million lire, its total debt as 13,123.9 million lire; the accumulated losses of 2,681.3 million lire had reduced the value of the equity (capital stock and capital subscription account) from 4,000 million lire to 1,318.7 million lire. The total debt included a number of liabilities to one United States bank and several Italian banks, some (but not all) of which were guaranteed by Raytheon. For the purposes of a possible liquidation, an asset analysis was prepared by the Chief Financial Officer of Raytheon showing the expected position on 31 March 1968. This showed the book value of ELSI's assets as 18,640 million lire; as explained in his affidavit filed in these proceedings, it also showed "the minimum prospects of recovery of values which we could be sure of, in order to ensure an orderly liquidation process", and the total realizable value of the assets on this basis (the "quick-sale value") was calculated to be 10,838.8 million lire. A balance sheet subsequently prepared to show the position at 31 March 1968, extrapolated from the balance sheet at 30 September 1967, showed the book value of total assets as 17,053.5 million lire and total debt of 12,970.6 million lire.

19. During the hearings, at the request of the Agent of Italy, the Chamber asked the Government of the United States to produce the financial report showing ELSI's financial position at 30 September 1967, from which the figures for the book value of its assets had been derived. The report, prepared by Raytheon's Italian auditors, and dated 22 March 1968, was produced in evidence. The balance sheet attached thereto showed two sets of figures; the first of these, corresponding to the figures for assets and liabilities set out in paragraph 18 above, gave the figures as recorded in the company's books of account. The second set of figures was based on the first set, but a number of adjustments had been made in accordance with the financial accounting policy of Raytheon "In order to assure comparability of the financial information reported from abroad" by its subsidiary companies. According to the Co-Agent of the United States, the major difference between the accounts on the Italian basis and the Raytheon basis was

> "the item of Deferred Charges, which for the most part represented the cost of developing new lines and improving product quality. This asset is carried on the Italian books but is routinely written off by Raytheon Company."

The adjustment of the item for "Deferred Charges" reduced the total assets figure by 1,653 million lire. Taking all adjustments into account,

18. Il a été dit que c'est notamment après examen du projet de bilan indiquant la situation financière au 30 septembre 1967 que cette décision a été prise. Selon ce bilan, la valeur comptable des actifs de l'ELSI était de 17 956,3 millions de lires, et le total de son passif de 13 123,9 millions de lires; ses pertes accumulées de 2681,3 millions de lires avaient réduit la valeur du capital social (capital-actions et compte de souscription de capital) de 4000 millions de lires à 1318,7 millions de lires. Au passif général étaient inscrites un certain nombre de dettes envers une banque américaine et plusieurs banques italiennes dont certaines (mais non toutes) étaient garanties par Raytheon. Aux fins d'une liquidation éventuelle, le chef des services financiers de Raytheon a procédé à une analyse des actifs de la société qui indiquait quelle serait probablement la situation au 31 mars 1968 et précisait que la valeur comptable des actifs de l'ELSI devait être de 18 640 millions de lires; dans une déclaration sous serment déposée en l'espèce, il a expliqué que son analyse faisait aussi apparaître « les montants minimaux que nous pouvions être assurés de retirer de la réalisation des actifs, afin de procéder à une liquidation régulière de la société »; la valeur totale de réalisation des actifs sur cette base (la « valeur de vente rapide ») était estimée à 10 838,8 millions de lires. Dans un bilan établi par la suite pour refléter la situation au 31 mars 1968, qui constituait une extrapolation du bilan au 30 septembre 1967, on trouve une valeur comptable de 17 053,5 millions de lires pour le total des actifs et un montant de 12 970,6 millions de lires pour le total du passif.

19. Au cours des audiences, à la demande de l'agent de l'Italie, la Chambre a prié le Gouvernement des Etats-Unis de produire le rapport financier présentant la situation financière de l'ELSI au 30 septembre 1967, d'où les chiffres représentant la valeur comptable de ses actifs avaient été tirés. Ce rapport, établi par les auditeurs italiens de Raytheon et daté du 22 mars 1968, a été produit comme preuve. Dans le bilan qui y était annexé figuraient deux séries de chiffres; la première, correspondant aux chiffres des actifs et des dettes indiqués au paragraphe 18 ci-dessus, contenait les chiffres inscrits dans les livres de comptes de la société. La seconde était fondée sur la première, mais un certain nombre d'ajustements y avaient été apportés, conformément à la politique comptable de Raytheon « pour permettre de comparer les renseignements financiers communiqués de l'étranger » par ses filiales. Selon le coagent des Etats-Unis, la principale différence entre les comptes, dressés soit dans l'optique italienne, soit dans celle de Raytheon,

> « porte sur le poste des charges différées, qui correspondait pour l'essentiel au coût de la mise au point de nouvelles chaînes de production et de l'amélioration de la qualité de la production. Ces actifs sont comptabilisés dans les registres italiens mais ils sont normalement passés par pertes et profits par la société Raytheon. »

L'ajustement du poste des « charges différées » réduisait de 1653 millions de lires le chiffre total des actifs. Tenant compte de tous les ajustements

the second set of figures gave a value of 14,893.9 million lire for the assets, and 15,775.2 million lire for the liabilities. The auditors stated in their covering letter to Raytheon accountants that

> "The adjustments made by the company in preparing the above mentioned balance sheet and statement of income and accumulated losses have not, at the date of this report, been recorded in the books, essentially for tax reasons. Accordingly, the accompanying financial statements are not in agreement with the company's books of account."

Among the "Notes on Financial Statements" attached to the accounts by the auditors was the following:

> "10. The adjusted accumulated losses at September 30, 1967 exceeded the total of the paid up capital stock, capital reserve and Stockholders subscription account by an amount of 881.3 million lire. Should this become 'officially' the case (e.g. should the adjustments made in arriving at this total of accumulated losses be entered in the company's books of account), under Articles 2447 and 2448 of the Italian Civil Code the directors would be obliged to convene a Stockholders' Meeting forthwith to take measures either to cover the losses by providing new capital or to put the company into liquidation."

The auditors also expressed reservations on two other items totalling 1,168.5 million lire.

20. The officials of Raytheon and ELSI were nevertheless advised by their Italian counsel in March 1968 that "ELSI's capital, after taking into account losses to date at that time, was well in excess of the minimum statutory requirement" (1 million lire) under Articles 2447 and 2448 of the Italian Civil Code, which provide that if action is not taken to restore the capital to the required minimum, the company is dissolved as a matter of law. In the view of ELSI's counsel, "it was therefore possible under Italian law for ELSI's shareholders to plan an orderly liquidation of the company".

21. Throughout this Judgment this phrase "orderly liquidation" is used solely in the sense in which it was employed by the officers of ELSI and by the representatives of the United States, i.e., to denote the operation planned in 1967-1968 by ELSI's management for the sale of the business or of its assets, en bloc or separately, and the discharge of ELSI's debts, fully or otherwise, out of the proceeds, the whole operation being under the control of ELSI's own management.

22. According to the United States, the chief objectives in the planned orderly liquidation were to conserve the assets and preserve as many of the

opérés, la seconde série de chiffres donnait une valeur de 14 893,9 millions de lires pour les actifs et de 15 775,2 millions de lires pour le passif. Dans leur lettre de transmission aux comptables de Raytheon, les auditeurs ont déclaré que :

> « Les ajustements effectués par la société lors de l'établissement du bilan susmentionné et de l'état des revenus et des pertes accumulées n'ont pas, à la date du présent rapport, été comptabilisés dans les livres de la société, essentiellement pour des raisons fiscales. En conséquence, les états financiers qui y sont joints ne concordent pas avec les livres de comptes de la société. »

Dans les « Notes relatives aux états financiers » que les auditeurs ont annexées aux comptes, on lit ce qui suit :

> « 10. Au 30 septembre 1967, les pertes accumulées, une fois ajustées, dépassaient de 881,3 millions de lires le montant total du capital social libéré, des réserves de capital et du compte de souscription des actionnaires. Si cela devenait « officiel » (par exemple, si les ajustements opérés pour parvenir à ce total des pertes accumulées étaient inscrits dans les registres comptables de la société), les administrateurs seraient obligés, en vertu des articles 2447 et 2448 du Code civil italien, de convoquer immédiatement l'assemblée des actionnaires en vue de prendre des mesures, soit pour compenser les pertes en fournissant de nouveaux capitaux, soit pour mettre la société en liquidation. »

Les auditeurs ont aussi exprimé des réserves sur deux autres postes, d'un montant total de 1168,5 millions de lires.

20. Les dirigeants de Raytheon et de l'ELSI ont cependant été informés par leur avocat-conseil italien, en mars 1968, que « le capital de l'ELSI, compte tenu des pertes subies à cette date, dépassait largement le minimum fixé par la loi » (1 million de lires) aux articles 2447 et 2448 du Code civil italien, qui disposent que si des mesures ne sont pas prises pour porter le capital au niveau minimum requis la société est légalement dissoute. De l'avis de l'avocat-conseil de l'ELSI, « il était donc loisible aux actionnaires, dans le cadre du droit italien, de projeter une « orderly liquidation » de la société ».

21. Dans le présent arrêt, l'expression « orderly liquidation » (traduite ci-après par « liquidation régulière ») est uniquement employée au sens où elle l'a été par les dirigeants de l'ELSI et par les représentants des Etats-Unis, c'est-à-dire comme visant les opérations qu'envisageait la direction de l'ELSI en 1967-1968 pour vendre l'entreprise ou ses avoirs, en bloc ou séparément, et pour payer intégralement ou non les dettes de l'ELSI avec le produit de la vente, ces opérations devant s'effectuer entièrement sous le contrôle de la direction même de l'ELSI.

22. Selon les Etats-Unis, les principaux objectifs de la liquidation régulière envisagée étaient de conserver les avoirs de la société et de maintenir

characteristics of a going concern as possible in order to attract and interest prospective buyers; it was planned to advertise ELSI's assets widely, offering them both as a total package and as separate items — the distinct manufacturing lines of the plant. The intention was, if the sums realized by the sale of the assets were sufficient, to pay all creditors in full. Planning had however also proceeded on the basis of the "quick-sale" valuation of the assets (paragraph 18 above), which, it was recognized, was less than the total liabilities of the company. It was not considered possible to continue normal production; the personnel was to be dismissed, with the exception of some 120 key employees needed for the wind-up operation and for continuing limited production for a time to meet (in particular) military contracts and maintain customer contact.

23. The intended treatment of creditors in the planned liquidation, in the event of only the "quick-sale" value being realized, was stated by the Financial Controller of Raytheon to have been as follows:

> "Ideally, we would settle first with the small creditors, subject, of course, to the agreement of the major creditors, in order to minimize the administrative effort during liquidation. Secured and preferred creditors would take priority and would be paid when the assets used for collateral were sold. Major unsecured creditors were to be paid on a pro rata basis from within the funds realized from the sale of assets. Then Raytheon would be called upon to satisfy any guaranteed creditor to the extent not already paid from asset sale proceeds. We calculated that the secured and preferred creditors would receive 100 per cent of their outstanding claims, while the unsecured major creditors who were not covered by Raytheon guarantees would realize about 50 per cent of their claims. The latter creditors were certain banks and Raytheon and its subsidiaries. We were confident that an orderly liquidation of this type would be acceptable to the creditors as it was much more favorable than could be expected through bankruptcy."

According to the United States, settlement with all the smaller creditors was regarded as a priority

> "to reduce the creditors to a manageable number and also to eliminate the risk that a small irresponsible creditor would take precipitous action which would raise formidable obstacles in the way of orderly liquidation".

Appended to one of the affidavits by officers of Raytheon and ELSI annexed to the United States Memorial were detailed calculations showing *(inter alia)* various valuations of ELSI's assets, analysis of the company's

le plus possible ses caractéristiques d'entreprise en activité afin d'attirer et d'intéresser d'éventuels acheteurs; il était prévu de faire paraître des annonces de toutes parts pour offrir les biens de l'ELSI tant globalement que séparément, par chaine de production. L'intention était de désintéresser intégralement tous les créanciers à condition que le produit de la vente des actifs suffise. Cependant des plans avaient aussi été faits sur la base de la valeur qu'auraient eue les avoirs en cas de « vente rapide » (paragraphe 18 ci-dessus); il était admis que leur valeur n'aurait pas atteint le montant total des dettes de la société. Il a été considéré qu'il n'était pas possible de continuer la production normale; le personnel devait être licencié, sauf quelque cent vingt employés indispensables pour les opérations de liquidation et pour le maintien d'une production limitée et momentanée, afin d'exécuter (en particulier) des contrats militaires et de garder le contact avec la clientèle.

23. Le contrôleur financier de Raytheon a exposé comme suit le sort qui aurait été réservé aux créanciers dans le plan de liquidation au cas où le produit de la vente n'aurait correspondu qu'à la valeur de « vente rapide »:

> « L'idéal aurait consisté à rembourser tout d'abord les petits créanciers, sous réserve, bien entendu, de l'accord des principaux créanciers, afin de limiter le plus possible les activités administratives durant la liquidation. Les détenteurs de créances garanties et privilégiées auraient eu la priorité et auraient été remboursés à l'aide du produit de la vente des actifs gagés ou nantis. Les principales créances non garanties auraient été remboursées au prorata sur les fonds provenant de la vente des actifs. Raytheon aurait alors été appelée à désintéresser tout titulaire d'une créance garantie dans la mesure où elle n'aurait pas déjà été remboursée à l'aide du produit de la vente des actifs. Nous avions prévu que les détenteurs de créances garanties et privilégiées seraient intégralement remboursés, alors que les principaux détenteurs de créances non assorties de sûretés que Raytheon n'avait pas garanties recevraient 50 pour cent des sommes qui leur étaient dues. Ces derniers créanciers étaient certaines banques, Raytheon et ses filiales. Nous avions le ferme espoir qu'une telle liquidation régulière aurait été jugée acceptable par les créanciers, car elle leur aurait été plus favorable qu'une mise en faillite. »

Selon les Etats-Unis, un arrangement avec tous les petits créanciers était considérée comme prioritaire

> « pour ramener le nombre des créanciers à des proportions raisonnables et écarter le risque qu'un petit créancier irresponsable prenne des mesures précipitées susceptibles de soulever des obstacles redoutables sur la voie d'une liquidation régulière ».

L'une des déclarations sous serment de dirigeants de Raytheon et de l'ELSI jointes comme annexes au mémoire des Etats-Unis était accompagnée de calculs détaillés portant notamment sur différentes estimations

liabilities and their priority in liquidation, and estimated distribution of the proceeds of disposal of assets calculated both on book value and alternatively on a "minimum liquidation value".

24. It is contended by the United States that notwithstanding Raytheon's formal notification on 7 March 1968 that it would not subscribe to any further stock or guarantee any additional loans (paragraph 17 above, *in fine*), Raytheon was ready to give certain financial support and guarantees to enable the orderly liquidation to proceed, as distinct from making more funds available to ELSI for continued operations. According to officials of ELSI, if Raytheon had handled the liquidation as planned, it would have guaranteed the settlements outlined in the previous paragraph; they stated that

> "Demonstrating its support of the liquidation plan, Raytheon organized to provide funds to ELSI in advance of the sale of its assets so that disbursements could easily be made to the small creditors and, as a first step, transferred 150 million lire to the First National City Bank branch in Milan specifically for that purpose."

Evidence was given at the hearing that payment of small creditors out of these funds was begun, but then stopped by the creditor banks because this was "showing preference". It was contemplated that Raytheon would take over ELSI's accounts receivable (subsequently valued at some 2,879 million lire) at face value, thus supplying immediate cash resources.

25. In the view of ELSI's legal counsel at the time (paragraph 20 above) and of Italian lawyers consulted by the United States, ELSI was in March 1968 entitled to engage in orderly liquidation of its assets, was under no obligation to file a petition in bankruptcy, and was never in jeopardy of compulsory dissolution under Article 2447 of the Italian Civil Code, and was at all times in compliance with Article 2446 of the Code. It has however been contended by Italy that ELSI was in March 1968 unable to pay its debts, and its capital of 4,000 million lire was completely lost; accordingly, an orderly liquidation was not available to it, but as an insolvent debtor it was under an obligation to file a petition in bankruptcy. The disagreement turns on the value of ELSI's assets for this purpose at 31 March 1968: the Parties have made conflicting statements of what is correct accounting practice for the purposes of compliance with the relevant requirements of Italian law. It has also been observed by Italy that, whether or not ELSI was insolvent, the procedure contemplated did not correspond to a voluntary liquidation as provided for in Article 2450 of the Italian Civil Code; under that procedure a liquidator has to be appointed by the shareholders, or if they fail to do so, by the Tribunal. According to one expert appearing on behalf of Italy, ELSI being insolvent the only

des avoirs de l'ELSI, une analyse des dettes de la société et leur ordre de priorité dans la liquidation, ainsi qu'une estimation de la répartition du produit de l'aliénation des avoirs, calculé sur la base de leur valeur comptable ou de la « valeur minimale de liquidation ».

24. Les Etats-Unis soutiennent que, bien que Raytheon eût officiellement fait savoir, le 7 mars 1968, qu'elle ne souscrirait pas d'actions supplémentaires ni ne garantirait de prêts supplémentaires (paragraphe 17 ci-dessus, *in fine*), elle était prête à fournir un certain appui financier et des garanties pour permettre de procéder à la liquidation régulière, ce qui était autre chose que de mettre de nouveaux fonds à la disposition de l'ELSI pour qu'elle poursuive ses activités. Selon les dirigeants de l'ELSI, si Raytheon avait procédé à la liquidation comme prévu, elle aurait garanti les arrangements exposés au paragraphe précédent; ils ont déclaré ce qui suit :

> « Pour exprimer son appui au plan de liquidation, Raytheon avait pris des dispositions pour fournir des fonds à l'ELSI avant la vente de ses actifs afin que des sommes puissent être facilement versées aux petits créanciers et elle avait, dans une première phase, transféré 150 millions de lires à la succursale de Milan de la First National City Bank, expressément à cette fin. »

Il ressort de dépositions faites lors des audiences que le remboursement des petits créanciers avec ces fonds a commencé, mais que les banques créancières y ont ensuite mis fin parce qu'il « témoignait d'un traitement de faveur ». Il était prévu que Raytheon prenne à son compte les effets à recouvrer de l'ELSI (évalués par la suite à environ 2879 millions de lires) à leur valeur nominale, ce qui aurait produit immédiatement des liquidités.

25. D'après l'avocat-conseil consulté à l'époque par l'ELSI (paragraphe 20 ci-dessus) et d'après les juristes italiens auxquels les Etats-Unis se sont adressés, l'ELSI était en droit, en mars 1968, de procéder à la liquidation régulière de ses avoirs; elle n'avait aucune obligation de demander sa mise en faillite; elle n'a jamais couru le risque d'une dissolution obligatoire en vertu de l'article 2447 du Code civil italien; elle s'est en tout temps conformée à l'article 2446 de ce code. L'Italie a cependant soutenu qu'en mars 1968 l'ELSI était incapable de payer ses dettes et que son capital, qui s'élevait à 4000 millions de lires, était complètement perdu; qu'en conséquence elle ne pouvait procéder à une liquidation régulière mais qu'en tant que débiteur insolvable elle était tenue de demander sa mise en faillite. Le désaccord porte sur la valeur des actifs de l'ELSI à cette fin, à la date du 31 mars 1968. Les Parties ont fait des déclarations contradictoires sur ce qu'est une bonne pratique comptable, conforme aux exigences de la loi italienne. L'Italie a aussi fait observer que, indépendamment de la solvabilité ou de l'insolvabilité de l'ELSI, la procédure envisagée ne correspondait pas à une liquidation volontaire au sens de l'article 2450 du Code civil italien; selon cette procédure un liquidateur doit être désigné par les actionnaires ou, à défaut, par le tribunal. Selon un expert qui a déposé

course open to it in order to avoid the duty of filing a petition in bankruptcy was to request to the tribunal to be admitted to the procedure of judicial settlement *("concordato preventivo")* under Articles 160 *et seq.* of the Italian Bankruptcy Act; this would have required proof that at least 40 per cent of the unsecured claims would be met. The expert appearing on behalf of the United States however stated that apparent inability to pay all creditors at 100 per cent is not fatal to voluntary and orderly liquidation. In this context he mentioned in particular the practice of "private settlement" *("concordato stragiudiziale")*.

26. The management of ELSI was conscious that a financial crisis was imminent, and during the period from September 1967, the responsible officers of the company were keeping a close watch on the declining funds to ensure that the company did not reach a point where continued operation would be contrary to Italian law. At a meeting held on 21 February 1968 between representatives of Raytheon and ELSI and the President of the Sicilian region, the Chairman of ELSI "drew a precise time chart showing: *(a)* February 23 — Board Meeting; *(b)* February 26 to 29 — inevitable bank crisis; *(c)* March 8 — we run out of money and shut the plant"; the hand-written minutes of that meeting record also that "the date of March 8 was stressed repeatedly as the absolute limit for the shut-down due to a total financial crisis".

27. On 16 March 1968, the Board of Directors of ELSI met to consider a report on the financial situation, and concluded "that there is no alternative to the discontinuation of the company's activities"; the Board

> "decided the cessation of the company's operations, to be carried out as follows:
>
> (1) production will be discontinued immediately;
> (2) commercial activities and employment contracts will be terminated on March 29, 1968".

This decision was notified to the employees of ELSI by a letter of 16 March 1968. On 28 March 1968, a meeting of shareholders of ELSI was held, at which it was decided *(inter alia)* "to ratify the resolutions adopted by the Board of Directors at the meeting of March 16, 1968, and hence to agree that the Company cease operations". Meetings with Italian officials however continued up to 29 March 1968; the Italian authorities continued to give broad assurances of an intervention by ESPI, and vigorously pressed ELSI not to close the plant and not to dismiss the workforce, but the officials of the company insisted that this was inevitable unless more capital was forthcoming. On 29 March 1968 letters of dismissal were mailed to the employees of ELSI.

pour le compte de l'Italie, puisque l'ELSI était insolvable, la seule possibilité qu'elle avait d'éviter l'obligation de solliciter sa mise en faillite était de demander au tribunal le bénéfice de la procédure de règlement judiciaire (*« concordato preventivo »*) en vertu des articles 160 et suivants de la loi italienne sur la faillite; à cette fin il aurait fallu prouver qu'au moins 40 pour cent des dettes chirographaires seraient acquittés. Cependant l'expert qui a déposé pour le compte des Etats-Unis a déclaré que l'inaptitude apparente à rembourser intégralement tous les créanciers ne rendait pas impossible la liquidation volontaire et régulière. A ce propos, il a mentionné en particulier la pratique du « concordat extrajudiciaire » (*« concordato stragiudiziale »*).

26. La direction de l'ELSI n'ignorait pas qu'une crise financière était imminente et, à partir du mois de septembre 1967, les responsables de la société veillèrent à ce que l'épuisement des fonds ne mette pas la société dans une situation telle que la poursuite de ses activités serait contraire à la législation italienne. Le 21 février 1968, au cours d'une réunion entre des représentants de Raytheon et de l'ELSI et le président de la région sicilienne, le président de l'ELSI « fixa le calendrier précis ci-après : *a*) 23 février — réunion du conseil d'administration ; *b*) du 26 au 29 février — crise inévitable avec les banques ; *c*) 8 mars — nous sommes à court d'argent et fermons l'usine » ; selon les notes manuscrites prises à cette réunion, « on a souligné à de nombreuses reprises que cette date du 8 mars était la date limite ultime pour la cessation des opérations en raison d'une crise financière totale ».

27. Le 16 mars 1968, le conseil d'administration de l'ELSI se réunit pour examiner un rapport sur la situation financière et conclut « qu'il n'y avait pas d'autre solution que de mettre fin aux activités de l'entreprise » ; le conseil

> « a décidé de mettre fin aux activités de la société dans les conditions suivantes :
>
> 1) arrêt immédiat de la production ;
> 2) fin des activités commerciales et licenciement des salariés le 29 mars 1968 ».

Cette décision fut communiquée aux salariés de l'ELSI par une lettre du 16 mars 1968. Le 28 mars 1968, une réunion des actionnaires de l'ELSI eut lieu, au cours de laquelle il fut décidé, notamment, « de ratifier les décisions prises par le conseil d'administration à sa réunion du 16 mars 1968 et donc d'accepter que la société mette fin à ses activités ». Les réunions avec des représentants du Gouvernement italien ont cependant continué jusqu'au 29 mars 1968 ; les autorités italiennes ont continué à donner des assurances de principe d'une intervention de l'ESPI ; elles ont vivement pressé l'ELSI de ne pas fermer l'usine et de ne pas licencier la main-d'œuvre, mais les représentants de la société ont insisté sur le fait que ces mesures étaient inévitables à défaut de nouveaux capitaux. Le 29 mars 1968, les lettres de licenciement furent envoyées aux salariés de l'ELSI.

28. The Managing Director of ELSI had a meeting early on the morning of 31 March 1968 with the President of the Sicilian region, Mr. Carollo, at which the latter stated that the Italian Prime Minister had said that a company would be formed by ESPI and IMI (Istituto Mobiliare Italiano) to deal with the acquisition of ELSI's assets, and that a holding company would be formed which would eventually own ELSI. Mr. Carollo continued by saying that "to keep the people in Palermo and avoid an exodus to other jobs, and to protect the plant and machinery, the plant would be requisitioned . . .". On 1 April 1968 representatives of the company met representatives of the bank creditors of ELSI to discuss the company's plans for an orderly liquidation. According to the United States, ELSI's representatives stated that Raytheon was not prepared to provide any further financial support to ELSI either by way of capital, loans, advances, or guarantees, but also informed the banks of the arrangement (referred to in paragraph 24 above) which would provide for ELSI's immediate cash needs in such an orderly liquidation through the sale to Raytheon of ELSI's accounts receivable at 100 per cent of face value, the proceeds being used to pay off the small creditors and to meet payroll and severance pay claims as well as other pressing priority obligations.

29. No agreement was reached at that meeting; certain of the banks requested more information, and another meeting was to be held later with an agreed agenda. Subsequently ELSI's representatives learnt that the plant had been requisitioned. According to the United States, and in the view of the officers of Raytheon and ELSI, there was reason to believe that in a liquidation the creditor banks would have accepted a settlement of their claims on payment of 40 to 50 per cent of each, but no independent evidence is available that such was the banks' attitude at that time. It does not appear from the evidence that the banks were asked specifically at the meeting of 1 April 1968 whether they would co-operate on the basis of a guaranteed 50 per cent of their claims; on the contrary, it was contended on behalf of the United States by ELSI's then legal adviser that

> "There is no evidence of bank negotiations at the time of the requisition because at the time the stockholders were fully confident that ELSI's assets would have recovered book value, and there was no need at the time to start any such negotiations. What the stockholders and ELSI's Board were seeking at the time was an understanding with the banks on the manner and timing of an orderly liquidation."

28. L'administrateur délégué de l'ELSI rencontra tôt dans la matinée du 31 mars 1968 le président de la région sicilienne, M. Carollo; ce dernier déclara que le premier ministre italien l'avait avisé qu'une société serait constituée par l'ESPI et l'IMI (Istituto Mobiliare Italiano) pour s'occuper de l'acquisition des actifs de l'ELSI et qu'une société holding serait constituée pour prendre finalement le contrôle de l'ELSI. M. Carollo ajouta que, « pour que les salariés de l'entreprise restent à Palerme, éviter qu'ils ne quittent massivement l'usine en quête d'un nouvel emploi et protéger l'usine et les machines, l'usine serait réquisitionnée... » Le 1er avril 1968, des représentants de la société tinrent une réunion avec des représentants des banques créancières de l'ELSI afin d'examiner avec eux le plan de liquidation régulière établi par la société. Selon les Etats-Unis, les représentants de l'ELSI déclarèrent que Raytheon n'était pas disposée à fournir un nouvel appui financier à l'ELSI, que ce soit sous forme de capitaux, de prêts, d'avances ou de garanties, mais ils informèrent aussi les banques de l'existence d'un arrangement (voir paragraphe 24 ci-dessus) qui permettrait de fournir à l'ELSI les fonds dont elle aurait immédiatement besoin aux fins de la liquidation régulière, grâce à la vente à Raytheon, à 100 pour cent de leur valeur, des effets à recouvrer de l'ELSI, le produit de cette vente devant être utilisé pour rembourser les petits créanciers, payer les salaires et les indemnités de licenciement ainsi que satisfaire d'autres obligations prioritaires et pressantes.

29. Cette réunion n'a pas débouché sur un accord; certaines des banques demandèrent des informations supplémentaires et une autre réunion, dont l'ordre du jour devait être arrêté, fut prévue pour plus tard. Par la suite, les représentants de l'ELSI apprirent que l'usine avait été réquisitionnée. Selon les Etats-Unis, et de l'avis des responsables de Raytheon et de l'ELSI, il y avait lieu de penser qu'en cas de liquidation les banques créancières auraient accepté une transaction prévoyant le remboursement de leurs créances dans une proportion de 40 à 50 pour cent, mais aucun élément de preuve indépendant n'établit que telle était l'attitude des banques à cette époque. Les éléments de preuve n'indiquent pas qu'il ait été expressément demandé aux banques, à la réunion du 1er avril 1968, si elles accepteraient de coopérer au cas où le remboursement de leurs créances à 50 pour cent leur serait garanti; au contraire, celui qui était à l'époque conseiller juridique de l'ELSI a soutenu pour le compte des Etats-Unis que:

> « S'il n'y a pas de preuve attestant qu'à l'époque de la réquisition il y a eu des négociations avec les banques, c'est parce que les actionnaires étaient alors totalement persuadés que les actifs de l'ELSI seraient vendus à leur valeur comptable et qu'il n'était donc pas nécessaire à ce moment-là d'entamer de telles négociations. A l'époque, les actionnaires et le conseil d'administration de l'ELSI voulaient se mettre d'accord avec les banques sur les modalités et le calendrier d'une liquidation régulière. »

According to the same legal adviser, the banks were ready, during negotiations in September-October 1968, after ELSI had been declared bankrupt, to accept settlement on the basis of 40 per cent or 50 per cent payment (see paragraph 37 below).

30. On 1 April 1968 the Mayor of Palermo issued an order, effective immediately, requisitioning ELSI's plant and related assets for a period of six months. The text of this order, in the translation supplied by the United States, was as follows:

> *"The Mayor of the Municipality of Palermo,*
>
> *Taking into consideration* that Raytheon-Elsi of Palermo has decided to close its plant located in this city at Via Villagrazia, 79, because of market difficulties and lack of orders;
>
> *That* the company has furthermore decided to send dismissal letters to the personnel consisting of about 1,000 persons;
>
> *Taking notice* that ELSI's actions, beside provoking the reaction of the workers and of the unions giving rise to strikes (both general and sectional) has caused a wide and general movement of solidarity of all public opinion which has strongly stigmatized the action taken considering that about 1,000 families are suddenly destituted;
>
> *That*, considering the fact that ELSI is the second firm in order of importance in the District, because of the shutdown of the plant a serious damage will be caused to the District, which has been so severely tried by the earthquakes had during the month of January 1968;
>
> *Considering* also that the local press is taking a great interest in the situation and that the press is being very critical toward the authorities and is accusing them of indifference to this serious civic problem;
>
> *That*, furthermore, the present situation is particularly touchy and unforeseeable disturbances of public order could take place;
>
> *Taking into consideration* that in this particular instance there is sufficient ground for holding that there is a grave public necessity and urgency to protect the general economic public interest (already seriously compromised) and public order, and that these reasons justify requisitioning the plant and all equipment owned by Raytheon-Elsi located here at Via Villagrazia 79;
>
> *Having noted* Article 7 of the law of 20 March 1865 No. 2248 enclosure *e*;
>
> *Having noted* Article 69 of the Basic Regional Law EE.LL.,

Selon le même conseiller juridique, les banques étaient disposées, au cours des négociations de septembre-octobre 1968 — soit après la déclaration de faillite de l'ELSI — à accepter une transaction en vertu de laquelle elles recevraient 40 ou 50 pour cent de leurs créances (voir paragraphe 37 ci-après).

30. Le 1er avril 1968, le maire de Palerme prit une ordonnance de réquisition pour une période de six mois, avec effet immédiat, de l'usine et des biens connexes de l'ELSI. Le texte de cette ordonnance, dont la traduction anglaise ci-contre a été fournie par les Etats-Unis, est le suivant :

« *Le maire de la municipalité de Palerme,*

Considérant que Raytheon-Elsi de Palerme a décidé de fermer son usine sise en ladite ville au numéro 79 de la via Villagrazia, en raison des difficultés qu'elle rencontre sur le marché et d'un manque de commandes, et

Que la société a en outre décidé d'adresser des lettres de licenciement au personnel, dont l'effectif est d'un millier de personnes ;

Notant que ces actes de l'ELSI non seulement ont provoqué chez les travailleurs et les syndicats une réaction se traduisant par des grèves (tant générales que sectorielles) mais encore ont suscité un vaste mouvement généralisé de solidarité dans toute l'opinion publique, laquelle a vivement dénoncé la mesure prise car elle prive brutalement de ressources un millier de familles ; et

Que l'ELSI étant en importance la deuxième entreprise du district, la fermeture de son usine va causer un préjudice grave au district, qui a été déjà si durement éprouvé par les tremblements de terre au cours du mois de janvier 1968 ;

Considérant aussi que la presse locale s'intéresse vivement à la situation et qu'elle est très critique à l'égard des autorités qu'elle accuse d'indifférence face à ce problème grave pour la collectivité ; et

Que la situation actuelle est particulièrement délicate et qu'il pourrait se produire des troubles imprévisibles de l'ordre public ;

Prenant en considération le fait qu'en l'occurrence on est fondé à estimer que c'est une nécessité publique grave et impérieuse de protéger l'intérêt public économique général (déjà gravement compromis) ainsi que l'ordre public, et que ces raisons justifient la réquisition de l'usine et de tous les équipements qui sont propriété de Raytheon-Elsi et sont situés à Palerme, au numéro 79 de la via Villagrazia ;

Ayant noté l'article 7 de la loi du 20 mars 1865, nº 2248, pièce jointe *e* ;

Ayant noté l'article 69 de la loi fondamentale régionale EE.LL.,

the requisition, with immediate effect and for the duration of six months, except as may be necessary to extend such period, and without prejudice for the rights of the parties and of third parties, of the plant and relative equipment owned by Raytheon-Elsi of Palermo.

With a subsequent decree, the indemnification to be paid to said company for the requisition will be established."

The order was served on the company on 2 April 1968.

31. On 6 April 1968 the Mayor issued an order entrusting the management of the requisitioned plant to Mr. Aldo Profumo, the Managing Director of ELSI, for the purpose, *inter alia*, of "avoiding any damage to the equipment and machinery due to the abandoning of all activity, including maintenance". Mr. Profumo declined to accept this appointment, and on 16 April 1968 the Mayor wrote to Mr. Silvio Laurin, the senior director, appointing him temporarily to replace Mr. Profumo "in the same capacity, with the same powers, functions and limitations", and Mr. Laurin accepted this appointment. The company management requested another of its directors, Mr. Rico Merluzzo, to stay at the plant night and day "to preclude local authorities from somehow asserting that the plant had been 'abandoned' by ELSI".

32. On 9 April 1968 ELSI addressed a telegram to the Mayor of Palermo, with copies to other Government authorities, claiming *(inter alia)* that the requisition was illegal and expressing the company's intention to take all legal steps to have it revoked and to claim damages. On 12 April 1968 the company served on the Mayor a formal document dated 11 April 1968 inviting him to revoke the requisition order. The Mayor did not respond and the order was not revoked, and on 19 April 1968 ELSI brought an administrative appeal against it to the Prefect of Palermo, who was empowered to hear appeals against decisions by local governmental officials. The decision on that appeal was not given until 22 August 1969 (paragraph 41 below); in the meantime however the requisition was not formally prolonged, and therefore ceased to have legal effect after six months, more than four months after the bankruptcy of ELSI had been declared (paragraph 36 below).

33. As noted above (paragraph 16) the Parties disagree over whether, immediately prior to the requisition order, there had been any occupation of ELSI's plant by the employees, but it is common ground that the plant was so occupied during the period immediately following the requisition. On 19 April 1968 the representatives of the company stated, in an appeal against the requisition addressed to the Prefect of Palermo, that there had at that time been no occupation of the plant as a consequence of the dismissal of the employees on 29 March 1968, but that on 30 March 1968 a group of representatives of the personnel went to the plant to talk to the

ORDONNE

la réquisition, avec effet immédiat et pour une durée de six mois prolongeable au besoin, et sans préjudice des droits des parties et des tiers, de l'usine et des équipements connexes qui sont propriété de Raytheon-Elsi de Palerme.

Un décret ultérieur fixera l'indemnité à verser à ladite société au titre de la réquisition.»

L'ordonnance a été notifiée à l'ELSI le 2 avril 1968.

31. Le 6 avril 1968, le maire prit une ordonnance chargeant M. Aldo Profumo, administrateur délégué de l'ELSI, de la gestion de l'usine réquisitionnée, en vue, notamment, «d'éviter que la cessation des activités, y compris de maintenance, n'occasionne des dommages à l'équipement et aux machines». M. Profumo refusa d'accepter cette nomination et, le 16 avril 1968, le maire écrivit au plus ancien des administrateurs de la société, M. Silvio Laurin, pour le charger de remplacer temporairement M. Profumo «avec les mêmes pouvoirs et les mêmes fonctions et limitations»; M. Laurin accepta cette nomination. La direction de la société demanda à un autre de ses administrateurs, M. Rico Merluzzo, de rester à l'usine jour et nuit «afin d'empêcher les autorités locales de pouvoir soutenir, d'une manière ou d'une autre, que l'usine avait été «abandonnée» par l'ELSI».

32. Le 9 avril 1968, l'ELSI adressa un télégramme au maire de Palerme, avec copie à d'autres autorités gouvernementales; elle y déclarait notamment que la réquisition était illégale et y exprimait son intention de prendre toutes les mesures prévues par la loi pour faire annuler l'ordonnance et pour demander des dommages et intérêts. Le 12 avril 1968, la société adressa au maire une requête officielle, datée du 11 avril 1968, l'invitant à rapporter l'ordonnance de réquisition. Le maire n'y répondit pas et l'ordonnance ne fut pas rapportée. Le 19 avril 1968, l'ELSI porta un recours administratif contre l'ordonnance devant le préfet de Palerme, qui était habilité à connaître des recours formés contre les décisions d'agents locaux du gouvernement. La décision sur ce recours ne fut rendue que le 22 août 1969 (paragraphe 41 ci-après); entre-temps, la réquisition n'a toutefois pas été officiellement prolongée; elle n'a donc plus déployé d'effet juridique au bout de six mois, plus de quatre mois après que la faillite de l'ELSI eut été prononcée (paragraphe 36 ci-après).

33. Comme il a été relevé plus haut (paragraphe 16), les Parties sont en désaccord sur le point de savoir si, immédiatement avant l'ordonnance de réquisition, une occupation de l'usine de l'ELSI par ses ouvriers a eu lieu, mais elles s'accordent à reconnaître que l'usine a été effectivement occupée au cours de la période qui a suivi immédiatement la réquisition. Le 19 avril 1968, les représentants de la société ont déclaré, dans le recours formé contre la réquisition qu'ils ont adressé au préfet de Palerme, qu'il n'y avait pas eu à l'époque d'occupation de l'usine du fait du licenciement des salariés le 29 mars 1968 mais que le 30 mars 1968 une délégation du

company executives and "peacefully remained thereafter all day on the premises", and on subsequent days a small group of employees wandered about on the premises. The Mayor of Palermo, in an affidavit, has stated that

> "The occupation of the plant by the employees (which started well before the requisition) turned out to be of a 'cooperative' nature after the requisition and was no obstacle to the continuation of those activities which were possible under the circumstances",

and an official of the Municipality of Palermo has stated, in an affidavit, that "there were no problems such as 'hard' picketing" and that one of the production lines was re-activated and "we proceeded regularly with the contracts in hand". According to an affidavit filed by the United States "the plant sat idle for the remainder of 1968", but Italy has produced evidence showing that some work in progress was continued and completed in the months following the requisition, in particular for the Nato Hawk programme.

34. On 19 and 20 April 1968 meetings were held between officials of Raytheon and the President of the Sicilian region, Mr. Carollo, who stated that "the Regional and Central Governments had reached agreement to form a management company with IRI participation to operate ELSI" and invited Raytheon to join the management company. The proposal would have entailed the contribution by ELSI of new capital and its assuming complete responsibility for past debts; in the discussion Mr. Carollo stated that "the Region now has a single goal, to keep the workers employed". At the request of Raytheon, Mr. Carollo, on 20 April 1968 supplied Raytheon with a memorandum to provide the company with "some fundamental elements of judgment". In that memorandum he explained that it was impossible for the time being for Raytheon to liquidate ELSI, for the following reasons:

> "1. Nobody in Italy will purchase *[Nessuno in Italia comprerà]*, that is to say IRI will not purchase, neither for a low nor for a high price, the Region will not purchase, private enterprise will not purchase. Let me add that the Region and IRI and anybody else who has any possibility to influence the market will refuse in the most absolute manner to favor any sale while the plant is closed.
>
> 2. The Banks, which have outstanding credits for approximately 16 billion Lire, cannot and will not accept any settlement even at the cost of dragging the Company into litigation on an international level. I mean to refer to Raytheon and not to ELSI because the distinction between ELSI and Raytheon is not found to be admissible, since any and all financing was granted to ELSI based on the moral

personnel s'était rendue à l'usine pour s'entretenir avec des dirigeants de la société, « puis est restée pacifiquement, toute la journée, dans l'enceinte de l'usine » et que, les jours suivants, un petit groupe d'ouvriers a déambulé dans l'usine. Dans sa déclaration sous serment, le maire de Palerme a affirmé ceci :

> « L'occupation de l'entreprise par ses ouvriers (qui avait commencé bien avant la réquisition) s'est faite après la réquisition dans des conditions de « coopération » et n'a nullement fait obstacle à la poursuite des activités que les circonstances ont rendues possibles. »

Un fonctionnaire de la commune de Palerme a indiqué, dans une déclaration sous serment, qu'« il n'y a pas eu de piquets de grève », que l'un des secteurs de production de l'usine a repris la fabrication et que « nous avons procédé régulièrement à l'exécution des contrats en cours ». D'après une déclaration sous serment présentée par les Etats-Unis « l'usine est restée inactive durant le reste de l'année 1968 », mais l'Italie a produit des preuves démontrant que certaines fabrications en cours ont été poursuivies et achevées pendant les mois qui ont suivi la réquisition, en particulier pour le programme Hawk de l'OTAN.

34. Les 19 et 20 avril 1968, des réunions eurent lieu entre des représentants de Raytheon et le président de la région sicilienne, M. Carollo, qui déclara que « le gouvernement central et le gouvernement régional ont décidé de constituer une société de gestion, avec la participation de l'IRI, pour exploiter l'ELSI » et invita Raytheon à se joindre à cette société de gestion. La proposition aurait entraîné l'apport de nouveaux capitaux par l'ELSI, qui aurait assumé la responsabilité totale pour les dettes passées. Au cours de la discussion, M. Carollo déclara qu'« actuellement la région n'a qu'un seul objectif, à savoir maintenir les ouvriers dans leur emploi ». Le 20 avril 1968, M. Carollo fit tenir à Raytheon, à sa demande, un mémorandum qui lui donnait « quelques éléments d'appréciation fondamentaux ». Dans ce mémorandum, M. Carollo expliquait qu'il était pour l'instant impossible que Raytheon liquide l'ELSI, et cela pour les raisons suivantes :

> « 1. Personne en Italie n'achètera *[Nessuno in Italia comprerà]*: l'IRI n'achètera ni à un prix élevé ni à bas prix; la région n'achètera pas, et les entreprises privées n'achèteront pas. J'ajouterai que la région et l'IRI, et quiconque sera en mesure d'exercer une influence sur le marché, se refuseront de la manière la plus absolue à favoriser une éventuelle vente tant que l'usine sera fermée.
>
> 2. Les banques, qui ont des créances à recouvrer s'élevant à environ 16 000 millions de lires, ne pourront accepter et n'accepteront aucune transaction, même si cela les amène à intenter des poursuites judiciaires contre la société au niveau international. Je me réfère à la société Raytheon et non à l'ELSI parce qu'il n'y a pas lieu de faire une distinction entre les deux, étant donné que tous les crédits ont été

guarantee of Raytheon, whose executives have always negotiated said financing.

3. Anyway, it is known in Italy that one can enforce the claims directly against Raytheon because it has interests and revenues in our country also outside ELSI.

It is obvious that every attempt will be made (even at the cost of long litigation) to obtain from Raytheon what is owed by ELSI.

4. In the event that the plant will be kept closed, waiting for Italian buyers who will never materialize, the requisition will be maintained at least until the courts will have resolved the case. Months will go by . . ."

35. On 26 April 1968 the Chairman of the Board of ELSI wrote to Mr. Carollo formally rejecting the proposal for participation in the new management company; in his view the proposal "was a temporary caretaker measure which would not solve the fundamental problem, namely keeping ELSI in Sicily and making it a viable and vital industry", and that it "would only aggravate ELSI's critical financial condition". The letter continued: "We are therefore forced to file [a] voluntary petition for bankruptcy, as required by Italian law."

36. In view of what had been said by Mr. Carollo that the requisition of the plant would be maintained for months, "at least until the courts will have resolved the case", ELSI's Italian counsel advised as follows:

"The disposability of ELSI's assets was a fundamental prerequisite to ELSI's shareholders' ability to take ELSI through an orderly liquidation; they were relying on the proceeds of these sales in large part to pay ELSI's creditors in an orderly manner. Without the ability to dispose of its assets, ELSI would not have the liquidity needed to pay its debts as they came due and therefore would soon become technically insolvent under Italian law.

. . . . . .

I advised ELSI's directors that they had an obligation to file a petition for a declaration of bankruptcy, failing which they could be held personally liable pursuant to Article 217 of the Bankruptcy Law, Royal Decree of March 16, 1942, No. 267."

On 25 April 1968 the Board of Directors voted to file a voluntary petition in bankruptcy, and the bankruptcy petition was filed on 26 April 1968. The petition referred to the requisition order of 1 April 1968 and stated *(inter alia)*:

"Because of the order of requisition, against which the Company

accordés à l'ELSI sous la garantie morale de Raytheon, dont les dirigeants ont toujours négocié ces crédits eux-mêmes.

3. On sait de toute façon, en Italie, que les créances pourraient être recouvrées directement auprès de Raytheon puisque cette société a des intérêts et des revenus dans notre pays en dehors de l'ELSI.

Il est évident que tout sera fait (même au prix de longs procès) pour obtenir de Raytheon le paiement des dettes de l'ELSI.

4. Au cas où l'usine demeurerait fermée, dans l'attente d'acheteurs italiens qui ne viendront pas, la réquisition sera maintenue au moins jusqu'à ce que les tribunaux aient réglé l'affaire. Et les mois passeront.. »

35. Le 26 avril 1968, dans une lettre adressée à M. Carollo, le président du conseil d'administration de l'ELSI rejeta officiellement la proposition de participation à la nouvelle société de gestion. De l'avis du président du conseil d'administration, la proposition « était ... un palliatif qui n'aurait pas résolu le problème fondamental, lequel est de faire en sorte que l'ELSI reste en Sicile et devienne une entreprise viable et dynamique », et elle « ne fera qu'aggraver la situation financière déjà critique de l'ELSI ». Et de poursuivre dans sa lettre : « Nous sommes donc contraints de demander volontairement la mise en faillite de l'entreprise conformément au droit italien. »

36. M. Carollo ayant déclaré que la réquisition de l'usine serait maintenue pendant des mois « au moins jusqu'à ce que les tribunaux aient réglé l'affaire », le conseil italien de l'ELSI a donné l'avertissement suivant :

« Pour que les actionnaires de l'ELSI soient à même de procéder à une liquidation régulière de la société, il était absolument indispensable que les biens de celle-ci puissent être cédés ; les actionnaires comptaient sur le produit de ces ventes pour assurer dans une large mesure le paiement régulier des créanciers de l'ELSI. Faute de pouvoir céder ces biens, l'ELSI n'aurait pas les liquidités nécessaires pour régler ses dettes quand elles viendraient à échéance et serait donc bientôt techniquement insolvable au regard du droit italien.

. . . . . .

j'ai averti les membres du conseil d'administration de l'ELSI qu'ils étaient dans l'obligation de déposer le bilan de l'entreprise, faute de quoi ils pourraient être tenus pour responsables personnellement en vertu de l'article 217 de la loi sur la faillite, décret royal du 16 mars 1942, n° 267. »

Le 25 avril 1968, le conseil d'administration décida, par vote, de demander la mise en faillite volontaire ; la demande de mise en faillite fut déposée le 26 avril 1968. Dans cette demande, qui faisait référence à l'ordonnance de réquisition du 1er avril 1968, il était déclaré notamment :

« A cause de l'ordonnance de réquisition, contre laquelle la so-

has in due time filed an appeal, the Company has lost the control of the plant and cannot avail itself of an immediate source of liquid funds; in the meanwhile payments have become due (as for instance instalments of long-term loans; an instalment of Lit. 800,000,000 to Banca Nazionale del Lavoro became due on April 18, 1968 and the note therefor has been or will be protested, etc.); it is acknowledged that it is impossible for the Company to pay such sums with the funds existing or available such impossibility being due to the events of these last weeks . . ."

A decree of bankruptcy was issued by the *Tribunale di Palermo* on 16 May 1968, and a Palermo lawyer was appointed *curatore* (trustee in bankruptcy). A creditors' committee of five members was appointed, composed of two representatives of ELSI's employees, two representatives of bank creditors, and a representative of Raytheon Europe International Company ("Raytheon Europe") (the European management subsidiary of, and wholly owned by, Raytheon), which had submitted a claim as creditor in the bankruptcy. Raytheon itself and another of its subsidiaries, Raytheon Service Company, had unsecured claims against ELSI of some 1,140 million lire for goods and services they had advanced to ELSI on unsecured open accounts. On advice of Italian counsel, however, Raytheon and Raytheon Service Company did not file claims in the bankruptcy proceedings because it was clear that they would not receive enough in the bankruptcy to justify their filing costs.

37. From April 1968 onwards discussions were held between Raytheon's Italian counsel, representatives of the creditor banks and officials of the Italian Government, with a view to the takeover of ELSI by a company owned by the Italian Government and a settlement with the ELSI creditors. This proposed settlement involved the grant to the new company by Raytheon of a technical license (to use Raytheon patents and know-how) of the same scope as ELSI had; the payment by Raytheon of the debts of ELSI which it had guaranteed, but no others, and a formal release and indemnity of Raytheon in this latter respect; and a waiver by Raytheon of its rights of subrogation resulting from payment of the guaranteed debts. According to Raytheon's Italian counsel, he was told by Italian Government officials in October 1968 that the majority of the Italian creditor banks were agreeable to a settlement on payment of 40 per cent of their claims, and that only one bank was holding out for 50 per cent. In July, a statement had been made in the Italian Parliament by the Minister of Industry, Commerce and Crafts, which has been subject to differing interpretations, but which put forward as a fact the establishment by the Sicilian region and other public agencies of a management company, which would allow productive activities to be resumed until such time as the financial problems of ELSI could be

ciété a recouru en temps utile, la société a perdu le contrôle de l'usine et se trouve dans l'incapacité d'utiliser une source immédiate de liquidités; dans l'intervalle, des paiements sont devenus exigibles (par exemple des remboursements échelonnés d'emprunts à long terme; un remboursement de 800 millions de lires à la Banca Nazionale del Lavoro est venu à échéance le 18 avril 1968 et l'effet correspondant a été ou sera protesté, etc.); il est reconnu que la société est dans l'impossibilité de verser de telles sommes au moyen des fonds existants ou disponibles, impossibilité due aux événements de ces dernières semaines... »

Le 16 mai 1968, le *Tribunale di Palermo* rendit un jugement déclaratif de faillite et désigna comme *curatore* (syndic de faillite) un avocat de Palerme. Un comité de créanciers fut constitué. Ce comité était composé de cinq membres, à savoir deux représentants du personnel de l'ELSI, deux représentants des banques créancières et un représentant de Raytheon Europe International Company (« Raytheon-Europe ») (la filiale européenne de gestion de Raytheon, entièrement contrôlée par cette dernière), qui avait produit à la faillite. Raytheon elle-même et une autre de ses filiales, Raytheon Service Company, avaient sur l'ELSI des créances chirographaires d'environ 1140 millions de lires pour des biens et services dont elles avaient avancé le montant à l'ELSI sous forme de lignes de crédit non assorties de sûretés. Sur le conseil de leur avocat-conseil italien, Raytheon et Raytheon Service Company n'ont toutefois pas produit de créances dans la faillite parce que, de toute évidence, elles ne se seraient pas vu attribuer une somme suffisante pour justifier les frais que leur production aurait entraînés.

37. A partir d'avril 1968, des entretiens eurent lieu entre l'avocat-conseil italien de Raytheon, des représentants des banques créancières et des représentants du Gouvernement italien en vue de la reprise de l'ELSI par une société appartenant au Gouvernement italien et d'un arrangement avec les créanciers de l'ELSI. L'arrangement envisagé supposait l'octroi par Raytheon à la nouvelle société d'une licence technique (l'autorisant à utiliser les brevets et le savoir-faire de Raytheon) ayant la même portée que celle dont avait bénéficié l'ELSI; le paiement par Raytheon des dettes de l'ELSI qu'elle avait garanties, à l'exclusion d'autres dettes, ainsi qu'une décharge formelle pour Raytheon et son indemnisation à cet égard; et, enfin, la renonciation par Raytheon à ses droits de subrogation découlant du paiement des dettes garanties. L'avocat-conseil italien de Raytheon a déclaré qu'en octobre 1968 il avait été informé par des représentants du Gouvernement italien que les banques créancières italiennes étaient en majorité favorables à une transaction qui leur permettrait de recouvrer 40 pour cent de leurs créances et qu'une seule banque continuait d'exiger 50 pour cent. En juillet, le ministre de l'industrie, du commerce et de l'artisanat avait fait, devant le Parlement italien, une déclaration qui avait donné lieu à des interprétations divergentes, mais qui présentait comme un fait la constitution, par la région sicilienne et

finally resolved, if possible through settlement out of court. On 13 November 1968 the Italian Government issued a press communiqué which stated that

> "while the STET Group [Società finanziaria telefonica, an affiliate or subsidiary of IRI] remains committed to build a new plant in Palermo for the production of telecommunication products, the IRI-STET Group, urged by the Government, after the examination of alternative solutions which proved unfeasible, stated its willingness to intervene in the take-over of the [ELSI] plant in the organization of new lines of production".

According to the communiqué, the conditions of STET's intervention were to be agreed between the STET Group and the authorities of the Sicilian region.

38. The court dealing with the bankruptcy ordered an auction of ELSI's premises, plant and equipment to be held on 18 January 1969, and set a minimum bid of 5,000 million lire. This auction, and the subsequent auctions mentioned below, were advertised in leading newspapers both in Italy and in Belgium, Japan, the Netherlands, the United Kingdom and the United States. No bids were received at this auction, and a second auction was set for 22 March 1969, this time with the inclusion also of the entire inventory at the plant and elsewhere, the minimum bid being set at 6,223,293,258 lire. In the meantime negotiations were being carried on for a takeover of the plant by an IRI subsidiary and the re-employment of most of ELSI's former staff. It was reported in the Sicilian press, first that on 18 March 1969 it had been agreed that IRI would acquire ELSI's assets, beginning with a lease of the plant for 150 million lire, and secondly that the former President of Sicily, Mr. Carollo, had stated at a public meeting on 5 April 1969 that there had been a written agreement with IRI in October 1968 that

> "entailed the acquisition of the [ELSI] factory by IRI for the sum of four billion lire. It was even agreed that IRI would be absent from the first auction, participating instead in the second one, where the basic price was precisely four billion lire".

39. No bids were received at the second auction. A week later a proposal to lease and re-open the plant was made to the trustee in bankruptcy by ELTEL (Industria Elettronica Telecommunicazioni S.p.A.), a subsidiary of IRI set up in December 1968. The terms proposed for the lease were not acceptable as such to the creditors' committee, which did however recom-

d'autres organismes publics, d'une société de gestion qui devait permettre de reprendre les activités de production jusqu'au moment où les problèmes financiers de l'ELSI pourraient être définitivement résolus, si possible dans le cadre d'un règlement extrajudiciaire. Le 13 novembre 1968, le Gouvernement italien publia un communiqué de presse aux termes duquel :

> « Le groupe STET [Società finanziaria telefonica, filiale ou agence de l'IRI] maintenant son engagement de construire une nouvelle usine à Palerme pour la production de matériels de télécommunications, le groupe IRI-STET, sur les instances du gouvernement, après avoir examiné d'autres solutions éventuelles qui se sont révélées irréalisables, a fait savoir qu'il était prêt à participer au rachat de l'usine [de l'ELSI] ainsi qu'au lancement de nouvelles productions. »

Selon ce communiqué, les conditions de l'intervention du groupe STET devaient faire l'objet d'un accord entre le groupe et les autorités de la région sicilienne.

38. Le tribunal qui avait prononcé la faillite décida qu'une vente aux enchères des locaux, de l'usine et du matériel de l'ELSI aurait lieu le 18 janvier 1969 et fixa la mise à prix à 5000 millions de lires. Cette vente, ainsi que les ventes aux enchères ultérieures mentionnées ci-après, fut annoncée dans les principaux journaux italiens et dans ceux de Belgique, des Etats-Unis, du Japon, des Pays-Bas et du Royaume-Uni. Aucune offre d'acquisition n'ayant été reçue à cette vente, il fut décidé qu'une deuxième vente aux enchères aurait lieu, le 22 mars 1969, et qu'elle s'étendrait, elle, à l'ensemble des stocks détenus à l'usine et ailleurs, la mise à prix étant fixée à 6 223 293 258 lires. Dans l'intervalle, des négociations furent menées en vue d'une reprise de l'usine par une filiale de l'IRI et de la réintégration de la plupart des anciens salariés de l'ELSI. Il a été rapporté, dans la presse sicilienne, premièrement, que le 18 mars 1969 il avait été convenu que l'IRI acquerrait les actifs de l'ELSI, à commencer par un bail pour l'usine, moyennant un loyer de 150 millions de lires, et, deuxièmement, que l'ancien président de la région sicilienne, M. Carollo, avait déclaré lors d'une réunion publique, le 5 avril 1969, qu'un accord écrit avait été conclu avec l'IRI en octobre 1968 ; cet accord consistait en

> « l'acquisition de l'usine [de l'ELSI] par l'IRI pour la somme de 4 milliards de lires. Il était même convenu que l'IRI ne se présenterait pas à la première vente aux enchères, mais qu'elle participerait à la deuxième pour laquelle la mise à prix serait précisément de 4 milliards de lires. »

39. Aucune offre ne fut faite à la deuxième vente aux enchères. Une semaine plus tard, l'ELTEL (Industria Elettronica Telecommunicazioni S.p.A.), filiale de l'IRI créée en décembre 1968, proposa au syndic de faillite de prendre l'usine à bail et de la rouvrir. Bien que le comité des créanciers eût jugé inacceptables en tant que telles les conditions de location

mend *(inter alia)* that it should be granted if ELTEL agreed to purchase all ELSI's inventorial raw material for 1,800 million lire; the representative of Raytheon Europe on the committee vigorously opposed the lease. The trustee in bankruptcy however recommended that the lease be granted on the terms requested, and on 8 April 1969 the bankruptcy judge so directed. Raytheon Europe appealed against this decision but without success. A third auction was scheduled for May 1969; in April ELTEL proposed to buy the work in progress — the material left on ELSI's production lines when the plant was requisitioned — for 105 million lire; this had been valued in the course of the bankruptcy proceedings at 217 million lire. Raytheon Europe's representative on the creditors' committee opposed this sale, but was outvoted.

40. The third auction of ELSI's premises, plant and equipment and inventory was held on 3 May 1969, the minimum bid being set at 5,000 million lire, but again no bids were received. ELTEL had informed the bankruptcy court on 16 April 1969 that it was willing to offer 3,205 million lire for the premises, plant and equipment, excluding the supplies — "merchandise, raw materials and semifinished goods" — which it did not regard as indispensable. On 3 May 1969, the trustee in bankruptcy requested the bankruptcy court to approve a sale of the work in progress to ELTEL on the terms proposed by ELTEL and approved by the creditors' committee. On 9 May 1969, Raytheon Europe's appeal against the decision authorizing the lease of the premises and plant to ELTEL was rejected. On 27 May 1969 ELTEL made an offer to the bankruptcy court to buy the remaining plant, equipment and supplies for 4,000 million lire. The trustee in bankruptcy proposed acceptance (subject to minor changes in the terms), and the creditors' committee decided on 6 June 1969 to approve the proposal, the Raytheon Europe representative voting against. On 7 June 1969 the bankruptcy judge set 12 July 1969 as date for an auction on the terms approved by the creditors' committee. On 9 June 1969 Raytheon Europe appealed against this decision, but the appeal was rejected on 20 June 1969. The auction was held on 12 July 1969, and ELTEL purchased the auctioned property at the total price of 4,006 million lire.

41. The appeal filed by ELSI on 19 April 1968 (paragraph 32 above) against the requisition order of 1 April 1968 was determined by the Prefect of Palermo by a decision given on 22 August 1969. The Parties are at issue on the question whether this period of time was or was not normal for an appeal of this character. The decision on the appeal was given following a request to that effect by the trustee in bankruptcy made on 9 July 1969, in exercise of a right to request a decision conferred by an Italian Law of 3 March 1934. That Law provides that if the appeal has not been heard 120 days after it has been filed (i.e., in this case by 17 August 1968), a request

proposées, il recommanda entre autres choses que le bail soit accordé à l'ELTEL si celle-ci acceptait d'acquérir tous les stocks de matières premières de l'ELSI pour 1800 millions de lires; le représentant de Raytheon-Europe au comité des créanciers s'opposa énergiquement à ce bail. Le syndic de faillite recommanda toutefois que le bail soit accordé aux conditions demandées et le juge-commissaire prit une ordonnance dans ce sens le 8 avril 1969. Raytheon-Europe introduisit un recours contre cette décision mais sans succès. Une troisième vente aux enchères fut prévue pour mai 1969. En avril, l'ELTEL proposa d'acquérir les fabrications en cours — autrement dit le matériel laissé sur les chaînes de production de l'ELSI lorsque l'usine avait été réquisitionnée — au prix de 105 millions de lires. Durant la procédure de faillite ce matériel avait été évalué à 217 millions de lires. Le représentant de Raytheon-Europe au comité des créanciers s'opposa à cette vente mais la majorité l'emporta.

40. La troisième vente aux enchères des installations, de l'usine et du matériel de l'ELSI ainsi que de ses stocks eut lieu le 3 mai 1969, la mise à prix étant fixée à 5000 millions de lires. Une fois de plus aucune offre ne fut faite. Le 16 avril 1969, l'ELTEL avait informé le tribunal de faillite qu'elle était disposée à offrir la somme de 3205 millions de lires pour les installations, l'usine et le matériel, à l'exclusion des fournitures — « marchandises, matières premières et produits semi-finis » — qu'elle ne jugeait pas indispensables. Le 3 mai 1969, le syndic de faillite pria le tribunal d'approuver une vente des fabrications en cours à l'ELTEL, aux conditions proposées par l'ELTEL et approuvées par le comité des créanciers. Le 9 mai 1969, le recours de Raytheon-Europe contre la décision d'autoriser la location à l'ELTEL des installations et de l'usine fut rejeté. Le 27 mai 1969, l'ELTEL proposa au tribunal de faillite d'acquérir les installations, le matériel et les fournitures restants pour la somme de 4000 millions de lires. Le syndic de faillite proposa d'accepter cette offre (sous réserve de légères modifications des conditions) et le comité des créanciers décida, le 6 juin 1969, d'approuver sa proposition, le représentant de Raytheon votant contre celle-ci. Le 7 juin 1969, le juge-commissaire fixa au 12 juillet 1969 la date d'une vente aux enchères aux conditions approuvées par le comité des créanciers. Le 9 juin 1969, Raytheon-Europe introduisit contre cette décision un recours qui fut rejeté le 20 juin 1969. La vente aux enchères eut lieu le 12 juillet 1969 et l'ELTEL acquit les biens mis en vente, pour un montant total de 4006 millions de lires.

41. Par décision rendue le 22 août 1969, le préfet de Palerme se prononça sur le recours que l'ELSI avait introduit le 19 avril 1968 (voir paragraphe 32 ci-dessus) contre l'ordonnance de réquisition du 1er avril 1968. Les Parties s'opposent sur la question de savoir si ce délai était ou non normal pour un recours de ce genre. La décision sur le recours fut rendue après que le syndic de faillite eut, le 9 juillet 1969, présenté une requête à cet effet, exerçant ainsi le droit de solliciter une décision que lui conférait une loi italienne du 3 mars 1934. Cette loi dispose que, si cent vingt jours se sont écoulés depuis la date de l'introduction d'un recours sans qu'il ait été

may be served on the Prefect requiring him to render a decision within 60 days thereafter; if he fails to do so, this is treated as a dismissal of the appeal. The decision of the Prefect was to uphold the appeal and thus to annul the requisition order made by the Mayor of Palermo; the precise terms of the decision will be considered later in this Judgment (paragraphs 75, 96, 125 and 126). The Mayor of Palermo appealed against the Prefect's decision to the President of Italy who, having been advised by the Council of State that the Mayor's appeal was inadmissible, so ruled on 22 April 1972.

42. In the meantime, on 16 June 1970 the trustee in bankruptcy had brought proceedings in the *Tribunale di Palermo* ("the Court of Palermo") against the Minister of the Interior of Italy and the Mayor of Palermo for damages resulting from the requisition. The damages claimed were identified as

> "the considerable decrease in value of the plant and the electronic equipment existing in Palermo at 79 Via Villagrazia, which results from the difference between the book value at the date of the bankruptcy of Raytheon-Elsi, of Lire 6,623,000,000 and the evaluation made on October 11, 1968 (that is, immediately after the six-month period of requisition had elapsed) by the Court Appraiser, Prof. Mario Puglisi, appointed by the Judge by Decree of September 19, 1968, of Lire 4,560,588,400, with a real loss of value of Lire 2,062,411,600 and as the lack of disposability of the plant and relative equipment for six months which, on the basis of the amortization rate for the industrial plants, equal to 10% per year, can be determined in Lire 33,150,000, and, therefore, in the aggregate amount of Lire 2,395,561,600, plus the interests at the legal rate from October 1, 1968 to the payment."

43. On 2 February 1973, the Court of Palermo, in a decision to be examined more fully below (paragraphs 57, 58, 97 and 127), ruled that the trustee was not entitled to compensation for the requisition, either in respect of the alleged decrease in value of the plant and equipment, or of the alleged lack of disposability thereof. On appeal, the *Corte di Appello di Palermo* ("the Court of Appeal of Palermo"), in its decision of 24 January 1974, upheld the conclusion of the lower court as regards the damages claimed for the alleged decrease in value of the plant and equipment. It however reversed the finding of the lower court on the second head of damage, and found that the trustee was entitled to compensation from the Minister of the Interior for loss of use and possession of ELSI's plant and assets during the six-month requisition period. It therefore awarded, in effect, a "rental" payment of some 114 million lire, computed as half the annual rate of 5 per cent of the total value of the assets. This decision, which will be examined in more detail below (paragraphs 97, 98 and 127), was upheld by the Court of Cassation on 26 April 1975. The amount of

statué sur celui-ci (ce qui, en l'espèce, était le cas le 17 août 1968), une demande peut être adressée au préfet pour qu'il prenne sa décision dans les soixante jours suivants, faute de quoi il y a rejet du recours. Le préfet décida d'accueillir le recours et donc d'annuler l'ordonnance de réquisition prise par le maire de Palerme; les termes précis de sa décision seront examinés plus loin dans le présent arrêt (paragraphes 75, 96, 125 et 126). Le maire de Palerme demanda ensuite au président de la République italienne de réformer la décision du préfet; le Conseil d'Etat ayant émis l'avis que le recours du maire était irrecevable, le président de la République rendit une décision dans ce sens le 22 avril 1972.

42. Devant le tribunal de Palerme *(Tribunale di Palermo)*, le 16 juin 1970, le syndic de faillite avait entre-temps intenté au ministre de l'intérieur de la République italienne et au maire de Palerme une action en dommages et intérêts pour le préjudice résultant de la réquisition. Les dommages et intérêts réclamés ont été déterminés comme étant constitués par

> « la diminution considérable de la valeur de l'usine et de l'équipement électronique se trouvant à Palerme, 79 via Villagrazia, diminution qui résulte de la différence entre la valeur comptable à la date de la faillite de Raytheon-Elsi, soit 6623 millions de lires, et l'évaluation à 4 560 588 400 lires faite le 11 octobre 1968 (soit immédiatement après l'expiration de la période de réquisition de six mois) par le commissaire-priseur du tribunal, M. Mario Puglisi, désigné par décision du juge du 19 septembre 1968, soit une perte réelle de valeur de 2 062 411 600 lires et ... le défaut de disponibilité de l'usine et des équipements connexes durant six mois qui, sur la base du taux d'amortissement pour établissements industriels, égal à 10 pour cent l'an, peut être chiffré à 33 150 000 lires, ce qui fait au total 2 395 561 600 lires, plus les intérêts au taux légal à partir du 1er octobre 1968 et jusqu'au paiement ».

43. Le 2 février 1973, le tribunal de Palerme décida, dans un jugement qui sera examiné plus en détail ci-après (voir paragraphes 57, 58, 97 et 127), que le syndic n'avait pas droit à une indemnisation au titre de la réquisition, soit pour la prétendue dépréciation de l'usine et du matériel, soit pour leur prétendue indisponibilité. En appel, par son arrêt du 24 janvier 1974, la cour d'appel de Palerme *(Corte di Appello di Palermo)* confirma la décision de l'instance inférieure en ce qui concerne les dommages et intérêts réclamés pour la prétendue dépréciation de l'usine et du matériel. Elle annula cependant la décision du tribunal relative au second chef de la demande d'indemnisation et jugea que le syndic avait droit à une réparation pécuniaire du ministre de l'intérieur pour perte de jouissance et de possession de l'usine et des actifs de l'ELSI pendant les six mois de la réquisition. La cour d'appel a dès lors adjugé au syndic, à titre de « loyer », une somme d'environ 114 millions de lires correspondant à la moitié du taux annuel de 5 pour cent de la valeur totale des actifs. Cette décision, qui sera examinée de façon plus détaillée ci-après (para-

the judgment was ultimately received by the trustee and, less costs and expenses, distributed to ELSI's creditors.

44. In the bankruptcy proceedings, creditors presented claims against ELSI totalling some 13,000 million lire; these did not include amounts due to Raytheon and Raytheon Service Company (see paragraph 36 above). The bankruptcy proceedings closed in November 1985. According to the bankruptcy reports, the bankruptcy realized only some 6,370 million lire for ELSI's assets, as compared with the minimum liquidation value estimated by ELSI's management in March 1968 at 10,840 million lire. Of the amount realized, some 6,080 million lire went to pay banks, employees, and other creditors. The remainder went to pay bankruptcy administration, tax, registry, and customs charges. All of the secured and preferred creditors who filed claims in the bankruptcy were paid in full. The unsecured creditors received less than one per cent of their claims; accordingly no surplus remained for distribution to the shareholders, Raytheon and Machlett.

45. Raytheon had guaranteed the indebtedness of ELSI to a number of banks, and on the bankruptcy of ELSI it was accordingly liable for, and paid, the sum of 5,787.6 million lire to the banks in accordance with the terms of the guarantees. Five of the seven banks which had also made unguaranteed loans to ELSI brought proceedings in the Italian courts seeking payment of these loans by Raytheon, on the basis primarily of Article 2362 of the Italian Civil Code, which renders a sole shareholder liable for the debts of the company. It was argued that Raytheon was in effect sole shareholder, since Machlett was its wholly-owned subsidiary. Three of these cases were ultimately resolved by the Italian Court of Cassation in favour of Raytheon, and two were discontinued by the plaintiffs.

* *

46. On 7 February 1974, the Embassy in Rome of the United States transmitted to the Italian Ministry of Foreign Affairs a note enclosing the "claim of the Government of the United States of America on behalf of Raytheon Company and Machlett Laboratories, Incorporated". That claim, which was based not only on the FCN Treaty but also on customary international law, incorporated a Memorandum of Law, Chapter VI of which was devoted to "Exhaustion of Local Remedies". It was there noted that it was "generally recognized that local remedies must be exhausted before a claim may be formally espoused under principles of international law"; an account was given of the relevant litigation in Italy (some of which was at the time still pending) and, in the light of annexed opinions

graphes 97, 98 et 127), fut confirmée par la Cour de cassation, le 26 avril 1975. En fin de compte le syndic a touché la somme ainsi adjugée et l'a répartie, après déduction des frais et dépens, entre les créanciers de l'ELSI.

44. Dans le cadre de la procédure de faillite, les créanciers ont produit contre l'ELSI des créances d'un montant total d'environ 13 000 millions de lires, montant qui ne comprend pas les sommes dues à Raytheon et Raytheon Service Company (voir paragraphe 36 ci-dessus). La procédure de faillite a été clôturée en novembre 1985. Selon les rapports de liquidation, la vente des biens de l'ELSI n'a rapporté qu'environ 6370 millions de lires, alors qu'en mars 1968 les dirigeants de l'ELSI avaient estimé la valeur minimale de liquidation à 10 840 millions de lires. Sur le produit de la vente, quelque 6080 millions de lires sont allés aux banques, aux salariés et à d'autres créanciers. Le reste a couvert les dépenses d'administration de la faillite, les charges fiscales, les droits d'enregistrement et les frais de douane. Tous les créanciers bénéficiaires de sûretés et tous les créanciers privilégiés qui avaient fait valoir des créances dans la faillite ont été intégralement remboursés. Les créanciers chirographaires ont touché moins de 1 pour cent de leurs créances; il ne restait donc rien à distribuer aux actionnaires, Raytheon et Machlett.

45. Raytheon s'était portée garante des dettes contractées par l'ELSI envers un certain nombre de banques et était par conséquent, dans la faillite de l'ELSI, tenue de rembourser à ces banques, conformément aux clauses de garantie, la somme de 5787,6 millions de lires; elle s'en est effectivement acquittée. Cinq des sept banques qui avaient également accordé à l'ELSI des prêts sans sûretés intentèrent devant les tribunaux italiens des actions en remboursement de ces prêts par Raytheon, en se fondant essentiellement sur l'article 2362 du Code civil italien qui rend l'actionnaire unique responsable des dettes de la société. Il a été soutenu que Raytheon était en fait actionnaire unique puisque Machlett, sa filiale, lui appartenait entièrement. Dans trois de ces affaires, Raytheon s'est finalement vu adjuger ses conclusions par la Cour de cassation italienne; dans les deux autres, les demandeurs se sont désistés.

* *

46. Le 7 février 1974, l'ambassade des Etats-Unis à Rome transmit au ministère des affaires étrangères d'Italie une note contenant « la réclamation présentée par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique au nom de Raytheon Company et de Machlett Laboratories Incorporated ». Cette réclamation, qui se fondait non seulement sur le traité de 1948, mais aussi sur le droit international coutumier, comprenait un mémorandum juridique dont le chapitre VI était consacré à « l'épuisement des recours internes ». Il était déclaré, dans ce document, que « l'on admet généralement que les recours internes doivent avoir été épuisés pour qu'un Etat puisse endosser officiellement une réclamation conformément aux principes du droit international »; on y rendait compte des actions ouvertes en Italie

of two Italian legal experts, it was concluded that "Raytheon and Machlett have exhausted every meaningful legal remedy available to them in Italy". At the time this claim was submitted, the Court of Appeal of Palermo had ruled on the action by the trustee in bankruptcy, but the case was thereafter brought before the Court of Cassation (paragraph 43 above); it is recognized by both Parties that any other action arising out of the requisition would by then have been barred by limitation of time. It appears that the United States received no formal response from Italy to the claim until 13 June 1978, when Italy denied the claim in a written aide-mémoire, the text of which has been supplied to the Chamber. The aide-mémoire contained no suggestion that local remedies had not been exhausted, and indeed stated that "the claim is juridically groundless, both from the international and domestic point of view". During the oral proceedings in the present case, counsel for Italy asserted that at an unspecified date prior to the institution of the present proceedings the Italian Government "had made it clear to the United States Government that as a Respondent it would raise the objection of non-exhaustion of local remedies in judicial proceedings". No evidence to that effect has however been supplied to the Chamber.

* *

47. Many of the documents constituting evidence submitted to the Chamber are in the Italian language. Where the Chamber relies in the present Judgment on passages in these documents, it will, for the sake of clarity, set out the original Italian together with an English translation, which is not always the translation supplied by one of the Parties pursuant to Article 51, paragraph 3, of the Rules of Court.

* * *

48. It is common ground between the Parties that the Court has jurisdiction in the present case, under Article 36, paragraph 1, of its Statute, and Article XXVI of the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation, of 2 June 1948 ("the FCN Treaty"), between Italy and the United States; which Article reads:

> "Any dispute between the High Contracting Parties as to the interpretation or the application of this Treaty, which the High Contracting Parties shall not satisfactorily adjust by diplomacy, shall be submitted to the International Court of Justice, unless the High Contracting Parties shall agree to settlement by some other pacific means."

(dont certaines étaient encore pendantes) pour conclure, au vu des avis qu'avaient donnés deux experts juridiques italiens et qui étaient joints aux documents, que « Raytheon et Machlett ont épuisé toutes les voies de recours dont elles disposaient en Italie ». Au moment où la réclamation a été présentée, la cour d'appel de Palerme s'était prononcée sur l'action intentée par le syndic de faillite, mais l'affaire fut ensuite portée devant la Cour de cassation (paragraphe 43 ci-dessus); les deux Parties reconnaissent que la prescription aurait à ce moment-là fait obstacle à toute autre action consécutive à la réquisition. Il semble que les Etats-Unis n'aient pas reçu de réponse officielle de l'Italie à la réclamation avant le 13 juin 1978, date à laquelle l'Italie l'a rejetée dans un aide-mémoire dont le texte a été fourni à la Chambre. Cet aide-mémoire ne donnait nullement à entendre que les recours internes n'avaient pas été épuisés; il y était même dit que « la réclamation n'est pas fondée en droit tant du point de vue international que du point de vue national ». Pendant la procédure orale, en la présente affaire, le conseil de l'Italie a affirmé qu'à une date indéterminée antérieure à l'introduction de l'instance le Gouvernement italien « a fait clairement comprendre au Gouvernement des Etats-Unis qu'en sa qualité de défendeur il soulèverait l'exception du non-épuisement des recours internes dans la procédure judiciaire ». Cependant aucun élément de preuve à cet effet n'a été fourni à la Chambre.

* *

47. Bon nombre des documents soumis à la Chambre en tant que moyens de preuve sont en italien. Dans le texte anglais du présent arrêt, lorsque la Chambre se référera à des passages de ces documents, elle reproduira, par souci de clarté, le texte original italien accompagné d'une traduction en anglais qui ne sera pas toujours la traduction fournie par l'une des Parties conformément au paragraphe 3 de l'article 51 du Règlement de la Cour.

* * *

48. Les Parties s'accordent à reconnaître que la Cour est compétente en la présente affaire en vertu du paragraphe 1 de l'article 36 de son Statut et de l'article XXVI du traité d'amitié, de commerce et de navigation du 2 juin 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne (dénommé ci-après le « traité de 1948 »); cet article est ainsi libellé :

> « Tout différend qui s'élèverait entre les Hautes Parties contractantes quant à l'interprétation ou à l'application du présent traité, et que les Hautes Parties contractantes ne pourraient régler d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique, sera porté devant la Cour internationale de Justice, à moins que les Hautes Parties contractantes ne conviennent de le régler par d'autres moyens pacifiques. »

The jurisdiction is thus confined to questions of "the interpretation or the application" of the FCN Treaty and Protocols and of the Agreement Supplementing the Treaty between the United States of America and the Italian Republic, of 26 September 1951 (which Agreement is hereinafter called "the Supplementary Agreement"), Article IX of which provides that it is to "constitute an integral part" of the FCN Treaty. This same jurisdiction may accordingly be exercised by this Chamber, created by the Court to deal with this case by virtue of Article 26, paragraph 2, of its Statute, and Articles 17 and 18 of its Rules, at the request of and after consultation with the Parties.

49. While the jurisdiction of the Chamber is not in doubt, an objection to the admissibility of the present case was entered by Italy in its Counter-Memorial, on the ground of an alleged failure of the two United States corporations, Raytheon and Machlett, on whose behalf the United States claim is brought, to exhaust the local remedies available to them in Italy. This objection, which the Parties agreed should be heard and determined in the framework of the merits, must, therefore, be considered at the outset.

50. The United States questioned whether the rule of the exhaustion of local remedies could apply at all to a case brought under Article XXVI of the FCN Treaty. That Article, it was pointed out, is categorical in its terms, and unqualified by any reference to the local remedies rule; and it seemed right, therefore, to conclude that the parties to the FCN Treaty, had they intended the jurisdiction conferred upon the Court to be qualified by the local remedies rule in cases of diplomatic protection, would have used express words to that effect; as was done in an Economic Co-operation Agreement between Italy and the United States of America also concluded in 1948. The Chamber has no doubt that the parties to a treaty can therein either agree that the local remedies rule shall not apply to claims based on alleged breaches of that treaty; or confirm that it shall apply. Yet the Chamber finds itself unable to accept that an important principle of customary international law should be held to have been tacitly dispensed with, in the absence of any words making clear an intention to do so. This part of the United States response to the Italian objection must therefore be rejected.

51. The United States further argued that the local remedies rule would not apply in any event to the part of the United States claim which requested a declaratory judgment finding that the FCN Treaty had been violated. The argument of the United States is that such a judgment would declare that the United States own rights under the FCN Treaty had been infringed; and that to such a direct injury the local remedies rule, which is a rule of customary international law developed in the context of the espousal by a State of the claim of one of its nationals, would not apply. The Chamber, however, has not found it possible in the present case to

La compétence est donc limitée aux questions relatives « à l'interprétation ou à l'application » du traité et des protocoles ainsi que de l'accord du 26 septembre 1951 complétant le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne (dénommé ci-après l'« accord complémentaire »), dont l'article IX dispose qu'il « constituera ... partie intégrante » du traité. En conséquence cette compétence peut être exercée par la Chambre que la Cour a constituée pour connaître de la présente instance en vertu du paragraphe 2 de l'article 26 de son Statut et des articles 17 et 18 de son Règlement, à la demande des Parties et après les avoir consultées.

49. La compétence de la Chambre n'est pas douteuse, mais une exception à la recevabilité de la présente instance a été soulevée par l'Italie dans son contre-mémoire; elle a soutenu que la présente affaire est irrecevable au motif que les deux sociétés américaines, Raytheon et Machlett, au nom desquelles les Etats-Unis ont introduit la demande, n'auraient pas épuisé les recours internes qui leur étaient ouverts en Italie. Cette exception, à propos de laquelle les Parties sont convenues qu'elle devait être tranchée lors de l'examen au fond de l'affaire, doit par conséquent être examinée en premier.

50. Les Etats-Unis ont soulevé la question de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes peut trouver une quelconque application dans une affaire introduite en vertu de l'article XXVI du traité de 1948. Cet article, a-t-on fait observer, est rédigé en termes catégoriques et n'est limité par aucune mention de la règle de l'épuisement des recours internes; il semble qu'on puisse en conclure que les parties au traité, si elles avaient voulu que la juridiction conférée à la Cour soit restreinte par la règle de l'épuisement des recours internes en cas de protection diplomatique, auraient employé des termes exprès à cet effet, comme elles l'avaient fait dans un accord de coopération économique entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Italie conclu lui aussi en 1948. La Chambre ne doute pas que les parties à un traité peuvent convenir, dans son texte, soit que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'appliquera pas aux demandes fondées sur de prétendues violations de ce traité, soit confirmer qu'elle s'appliquera. Mais la Chambre ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement précisée. Cet élément de l'argumentation opposée par les Etats-Unis à l'exception de l'Italie doit donc être rejeté.

51. Les Etats-Unis ont soutenu en outre que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'appliquait pas, en tout état de cause, à la demande des Etats-Unis dans la mesure où ceux-ci sollicitent de la Cour un arrêt déclaratoire constatant que le traité de 1948 a été violé. Les Etats-Unis font valoir que, dans un tel arrêt, la Cour déclarerait qu'il a été porté atteinte aux droits qu'ils tiennent du traité; la règle de l'épuisement des recours internes, qui est une règle du droit international coutumier élaborée dans le cadre de l'endossement par un Etat de la demande de l'un de ses ressortissants, ne s'appliquerait pas à un préjudice direct de ce genre.

find a dispute over alleged violation of the FCN Treaty resulting in direct injury to the United States, that is both distinct from, and independent of, the dispute over the alleged violation in respect of Raytheon and Machlett. The case arises from a dispute which the Parties did not "satisfactorily adjust by diplomacy"; and that dispute was described in the 1974 United States claim made at the diplomatic level as a "claim of the Government of the United States of America on behalf of Raytheon Company and Machlett Laboratories, Incorporated". The Agent of the United States told the Chamber in the oral proceedings that "the United States seeks reparation for injuries suffered by Raytheon and Machlett". And indeed, as will appear later, the question whether there has been a breach of the FCN Treaty is itself much involved with the financial position of the Italian company, ELSI, which was controlled by Raytheon and Machlett.

52. Moreover, when the Court was, in the *Interhandel* case, faced with a not dissimilar argument by Switzerland that in that case its "principal submission" was in respect of a "direct breach of international law" and therefore not subject to the local remedies rule, the Court, having analysed that "principal submission", found that it was bound up with the diplomatic protection claim, and that the Applicant's arguments "do not deprive the dispute ... of the character of a dispute ... which the Swiss Government appears as having adopted the cause of its national ..." (*Interhandel, Judgment, I.C.J. Reports 1959,* p. 28). In the present case, likewise, the Chamber has no doubt that the matter which colours and pervades the United States claim as a whole, is the alleged damage to Raytheon and Machlett, said to have resulted from the actions of the Respondent. Accordingly, the Chamber rejects the argument that in the present case there is a part of the Applicant's claim which can be severed so as to render the local remedies rule inapplicable to that part.

53. There was a further argument of the Applicant, based on estoppel in relation to the application of the local remedies rule, which should be examined. In the "Memorandum of Law" elaborating the United States claim on the diplomatic plane, transmitted to the Italian Government by Note Verbale of 7 February 1974, one finds that the whole of Part VI (pp. 53 *et seq.*) deals generally and at some length with the "Exhaustion of Local Remedies". There were also annexed the opinions of the lawyers advising the Applicant, which dealt directly with the position of Raytheon and Machlett in relation to the local remedies rule. The Memorandum concluded that Raytheon and Machlett had indeed exhausted "every meaningful legal remedy available to them in Italy" (paragraph 46 above). In view of this evidence that the United States was very much aware that it must satisfy the local remedies rule, that it evidently believed that the rule had been satisfied, and that it had been advised that the shareholders of

Or la Chambre ne parvient pas à discerner en l'espèce un différend sur une prétendue violation du traité ayant pour résultat un préjudice directement causé aux Etats-Unis, différend qui serait à la fois distinct et indépendant du différend sur la violation dont le traité aurait été l'objet à l'égard de Raytheon et Machlett. L'affaire découle d'un différend que les Parties n'ont pas « régl[é] d'une manière satisfaisante par la voie diplomatique »; dans la réclamation que les Etats-Unis ont adressée à l'Italie en 1974 par la voie diplomatique, ce différend est qualifié de « réclamation présentée par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique au nom de Raytheon Company et de Machlett Laboratories Incorporated ». L'agent des Etats-Unis a déclaré à la Chambre, au cours de la procédure orale, que « les Etats-Unis demandent que soient réparés les préjudices subis par Raytheon et Machlett ». D'ailleurs, comme on le verra plus loin, la question de savoir s'il y a eu violation du traité est elle-même étroitement liée à la situation financière de la société italienne ELSI que Raytheon et Machlett contrôlaient.

52. De plus, dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Cour s'est trouvée en présence d'un argument de la Suisse qui n'était pas différent; la Suisse soutenait, dans cette affaire, que sa « conclusion principale » portait sur une « violation directe du droit international » et n'était par conséquent pas soumise à la règle de l'épuisement des recours internes. Après avoir examiné cette « conclusion principale », la Cour a dit qu'elle était liée à la protection diplomatique invoquée et que les arguments du demandeur « n'enlèvent pas au différend ... le caractère d'un différend dans lequel le Gouvernement suisse se présente comme épousant la cause de son ressortissant... » (*Interhandel, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 28). De même, dans la présente affaire, la Chambre ne doute pas que la question qui colore et imprègne la demande des Etats-Unis tout entière est celle du préjudice que Raytheon et Machlett auraient subi et qui aurait résulté des actions du défendeur. En conséquence, la Chambre rejette l'argument selon lequel on peut en l'espèce dissocier une partie de la réclamation du demandeur de façon que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'y applique pas.

53. Le demandeur a avancé un autre argument qu'il convient d'examiner; il est fondé sur la notion d'*estoppel*, considérée par rapport à l'application de la règle de l'épuisement des recours internes. Dans le « mémorandum juridique » par lequel les Etats-Unis ont développé leur thèse sur le plan diplomatique et qui a été transmis au Gouvernement italien par note verbale du 7 février 1974, il est dit que toute la sixième partie (pages 53 et suivantes de l'original) traite d'une façon générale et assez approfondie de l'« épuisement des recours internes ». Y sont annexés les avis juridiques de ceux qui conseillaient le demandeur, avis qui avaient directement trait à la situation de Raytheon et Machlett face à la règle de l'épuisement des recours internes. Les auteurs du mémorandum concluaient que Raytheon et Machlett avaient effectivement épuisé « toutes les voies de recours dont elles disposaient en Italie » (voir paragraphe 46 ci-dessus). Etant donné ces éléments de preuve qui établissent

ELSI had no direct action against the Italian Government under Italian law, it was argued by the Applicant that Italy, if it was indeed at that time of the opinion that the local remedies had not been exhausted, should have apprised the United States of its opinion. According to the United States, however, at no time until the filing of the Respondent's Counter-Memorial in the present proceedings did Italy suggest that Raytheon and Machlett should sue in the Italian courts on the basis of the Treaty. The written aide-mémoire of 13 June 1978, by which Italy rejected the 1974 claim, had contained no suggestion that the local remedies had not been exhausted, nor indeed any mention of the matter.

54. It was argued by the Applicant that this absence of riposte from Italy amounts to an estoppel. There are however difficulties about drawing any such conclusion from the exchanges of correspondence when the matter was still being pursued on the diplomatic level. In the *Interhandel* case, when Switzerland argued that the United States had at one time actually "admitted that Interhandel had exhausted the remedies available in the United States courts", the Court, far from seeing in this admission an estoppel, dismissed the argument by merely observing that "This opinion was based upon a view which has proved unfounded" (*Interhandel, Judgment, I.C.J. Reports 1959*, p. 27). Furthermore, although it cannot be excluded that an estoppel could in certain circumstances arise from a silence when something ought to have been said, there are obvious difficulties in constructing an estoppel from a mere failure to mention a matter at a particular point in somewhat desultory diplomatic exchanges.

55. On the basis that the local remedies rule does apply in this case, this Judgment may now turn to the question whether local remedies were, or were not, exhausted by Raytheon and Machlett.

* *

56. The damage claimed in this case to have been caused to Raytheon and Machlett is said to have resulted from the "losses incurred by ELSI's owners as a result of the involuntary change in the manner of disposing of ELSI's assets": and it is the requisition order that is said to have caused this change, and which is therefore at the core of the United States complaint. It was, therefore, right that any local remedy against the Italian authorities, calling in question the validity of the requisition of ELSI's plant and related assets, and raising the matter of the losses said to result from it, should be pursued by ELSI itself. In any event, both in order to attempt to recover control of ELSI's plant and assets, and to mitigate any damage flowing from the alleged frustration of the liquidation plan, the first step was for ELSI — and only ELSI could do this — to appeal to

que les Etats-Unis étaient parfaitement conscients qu'il leur fallait observer la règle de l'épuisement des recours internes, qu'ils étaient manifestement convaincus que cette règle avait été observée et qu'ils avaient été prévenus que les actionnaires de l'ELSI ne disposaient en droit italien d'aucune action directe contre le Gouvernement italien, le demandeur a soutenu que l'Italie, si elle estimait vraiment à l'époque que les recours internes n'avaient pas été épuisés, aurait dû le faire savoir aux Etats-Unis. Or, selon les Etats-Unis, le défendeur n'a à aucun moment avant le dépôt de son contre-mémoire en l'espèce laissé entendre que Raytheon et Machlett devaient intenter action devant les tribunaux italiens en se fondant sur le traité. L'aide-mémoire du 13 juin 1978 par lequel l'Italie a rejeté la réclamation de 1974 ne donnait nullement à entendre que les recours internes n'avaient pas été épuisés; la question n'y était même pas mentionnée.

54. Le demandeur a soutenu que cette absence de réaction de la part de l'Italie équivalait à un *estoppel*. Or il est difficile de tirer une telle conclusion de la correspondance échangée alors que l'affaire en était encore au stade diplomatique. Dans l'affaire de l'*Interhandel*, lorsque la Suisse a soutenu que les Etats-Unis avaient à un certain moment bien « admis que l'Interhandel avait épuisé les recours devant les tribunaux américains », la Cour, loin d'y voir un *estoppel*, a rejeté l'argument en se bornant à relever que « cette opinion reposait sur une appréciation qui s'est revélée mal fondée » (*Interhandel, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 27). En outre, bien qu'on ne puisse exclure qu'un *estoppel* puisse, dans certaines circonstances, découler d'un silence, lorsqu'il aurait fallu dire quelque chose, il est évidemment difficile de déduire l'existence d'un *estoppel* du simple fait de n'avoir pas mentionné une question à un moment donné au cours d'échanges diplomatiques assez intermittents.

55. La Chambre, estimant que la règle de l'épuisement des recours internes s'applique en l'espèce, peut passer maintenant à la question de savoir si Raytheon et Machlett ont épuisé ou non les recours internes.

* *

56. Le préjudice qui aurait été causé à Raytheon et Machlett en l'espèce est présenté comme résultant des « pertes subies par les propriétaires de l'ELSI à la suite du changement intervenu, contre leur volonté, dans le mode d'aliénation des avoirs de l'ELSI »; c'est l'ordonnance de réquisition qui aurait entraîné ce changement et qui est par conséquent au cœur de la réclamation des Etats-Unis. Il était donc juste que tout recours interne formé contre les autorités italiennes pour mettre en cause la validité de la réquisition de l'usine de l'ELSI et de ses autres avoirs et pour soulever la question des pertes qui en auraient résulté émane de l'ELSI elle-même. De toute manière, pour tenter de recouvrer le contrôle de l'usine et des avoirs de l'ELSI et pour limiter tout préjudice ayant résulté du fait que la réalisation du plan de liquidation aurait été empêchée, la première dé-

the Prefect against the requisition order. After the bankruptcy, however, the pursuit of local remedies was no longer a matter for ELSI's management but for the trustee in bankruptcy (Raytheon could, even after the bankruptcy, have influenced decisions of the committee of creditors, had it not decided against claiming in bankruptcy in respect of sums due to it as creditor; it did exercise some influence however through its subsidiary company, Raytheon Europe, which did claim as a creditor).

57. After the trustee in bankruptcy was appointed, he, acting for ELSI, by no means left the Italian authorities and courts unoccupied with ELSI's affairs. It was he who, under an Italian law of 1934, formally requested the Prefect to make his decision within 60 days of that request; which decision was itself the subject of an unsuccessful appeal by the Mayor to the President of Italy. On 16 June 1970, the trustee, acting for the bankrupt ELSI, brought a suit against the Acting Minister of the Interior and the Acting Mayor of Palermo, asking the court to adjudge that the defendants should

> "pay to the bankrupt estate of Raytheon-Elsi ... damages for the illegal requisition of the plant machinery and equipment ... for the period from April 1 to September 30, 1968, in the aggregate amount of Lire 2,395,561,600 plus interests ..."

On 2 February 1973, the Court of Palermo, as indicated above (paragraph 43), rejected the claim. The trustee in bankruptcy then appealed to the Court of Appeal of Palermo; which Court gave a judgment on 24 January 1974 which "partly revising the judgment of the Court of Palermo" ordered payment by the Ministry of the Interior of damages of 114,014,711 lire with interest. Appeal was taken finally to the Court of Cassation which upheld the decision of the Court of Appeal, by a decision of 26 April 1975.

58. It is pertinent to note that this claim for damages (paragraph 42 above), as it came before the Court of Palermo in the action brought by the trustee, was described by that Court as being based *(inter alia)* upon the argument of the trustee in bankruptcy

> "that the requisition order caused an economic situation of such gravity that it immediately and directly triggered the bankruptcy of the company"
>
> *("il provvedimento di requisizione avrebbe determinato una situazione economica di tale pesantezza da farne scaturire immediatamente e direttamente il fallimento della società").*

Similarly the Court of Appeal of Palermo had to consider whether there was a "causal link between the requisition order and the company's bankruptcy". It is thus apparent that the substance of the claim brought to the

marche à entreprendre par l'ELSI — et seule l'ELSI pouvait l'entreprendre — était d'exercer un recours auprès du préfet contre l'ordonnance de réquisition. En revanche, après la faillite, l'exercice des recours internes n'appartenait plus à la direction de l'ELSI mais au syndic de faillite (Raytheon aurait pu, même après la faillite, influencer les décisions du comité des créanciers si elle n'avait pas décidé de ne pas produire ses créances à la faillite; elle a cependant exercé une certaine influence par l'intermédiaire de sa filiale, Raytheon-Europe, qui, elle, a produit ses créances).

57. Après la désignation du syndic de faillite, ce dernier, agissant pour le compte de l'ELSI, a beaucoup occupé les autorités et tribunaux italiens avec les affaires de l'ELSI. Ce fut lui qui, en vertu d'une loi italienne de 1934, demanda officiellement au préfet de prendre sa décision dans un délai de soixante jours, décision qui fit elle-même l'objet d'un recours infructueux du maire au président de la République. Le 16 juin 1970, le syndic, agissant pour le compte de la société faillie ELSI, engagea une action contre le ministre de l'intérieur en exercice et le maire de Palerme en exercice; il demanda au tribunal de dire que les défendeurs devaient

> « verser à la masse de la faillite de Raytheon-Elsi ... des dommages et intérêts pour la réquisition illégale de l'usine, des machines et des équipements ... pour la période comprise entre le 1er avril et le 30 septembre 1968, d'un montant total de 2 395 561 600 lires, augmenté des intérêts... »

Le 2 février 1973, le tribunal de Palerme rejeta la demande, comme il a été indiqué plus haut (paragraphe 43). Le syndic de faillite interjeta alors appel devant la cour d'appel de Palerme; celle-ci rendit un arrêt le 24 janvier 1974, qui, « revisant en partie le jugement du tribunal de Palerme » condamnait le ministère de l'intérieur à verser une indemnisation d'un montant de 114 014 711 lires majoré d'intérêts. Un pourvoi fut finalement formé devant la Cour de cassation et, par arrêt du 26 avril 1975, celle-ci confirma la décision de la cour d'appel.

58. Il y a lieu de relever que la demande de dommages et intérêts (paragraphe 42 ci-dessus) portée devant le tribunal de Palerme dans l'action intentée par le syndic a été présentée par ce tribunal comme fondée notamment sur l'argument du syndic de faillite selon lequel

> « l'ordonnance de réquisition aurait provoqué une situation économique d'une telle gravité qu'elle aurait déclenché immédiatement et directement la faillite de la société »
>
> *(« il provvedimento di requisizione avrebbe determinato una situazione economica di tale pesantezza da farne scaturire immediatamente e direttamente il fallimento della società »).*

De même, la cour d'appel de Palerme a dû rechercher s'il existait un « lien de causalité entre l'ordonnance de réquisition et la faillite de la société ». Il apparaît donc que, sur le fond, la demande soumise à la décision des juri-

adjudication of the Italian courts is essentially the claim which the United States now brings before this Chamber. The arguments were different, because the municipal court was applying Italian law, whereas this Chamber applies international law; and, of course, the parties were different. Yet it would seem that the municipal courts had been fully seized of the matter which is the substance of the Applicant's claim before the Chamber. For both claims turn on the allegation that the requisition, by frustrating the orderly liquidation, triggered the bankruptcy, and so caused the alleged losses.

59. With such a deal of litigation in the municipal courts about what is in substance the claim now before the Chamber, it was for Italy to demonstrate that there was nevertheless some local remedy that had not been tried; or at least, not exhausted. This burden Italy never sought to deny. It contended that it was possible for the matter to have been brought before the municipal courts, citing the provisions of the treaties themselves, and alleging their violation. This was never done. In the actions brought before the Court of Palermo, and subsequently the Court of Appeal of Palermo, and the Court of Cassation, the FCN Treaty and its Supplementary Agreement were never mentioned. This is not surprising, for, as Italy recognizes, the way in which the matter was pleaded before the courts of Palermo was not for Raytheon and Machlett to decide but for the trustee. Furthermore, the local remedies rule does not, indeed cannot, require that a claim be presented to the municipal courts in a form, and with arguments, suited to an international tribunal, applying different law to different parties: for an international claim to be admissible, it is sufficient if the essence of the claim has been brought before the competent tribunals and pursued as far as permitted by local law and procedures, and without success.

60. The question, therefore, reduces itself to this: ought Raytheon and Machlett, suing in their own right, as United States corporations allegedly injured by the requisition of property of an Italian company whose shares they held, have brought an action in the Italian courts, within the general limitation-period (five years), alleging violation of certain provisions of the FCN Treaty between Italy and the United States; this mindful of the fact that the very question of the consequences of the requisition was already in issue in the action brought by its trustee in bankruptcy, and that any damages that might there be awarded would pass into the pool of realized assets, for an appropriate part of which Raytheon and Machlett had the right to claim as creditors?

61. Italy contends that Raytheon and Machlett could have based such an action before the Italian courts on Article 2043 of the Italian Civil Code, which provides that "Any act committed either wilfully or through fault which causes wrongful damages to another person implies that the wrongdoer is under an obligation to pay compensation for those dam-

dictions italiennes coïncide pour l'essentiel avec celle que les Etats-Unis présentent maintenant devant la Chambre. Les arguments différaient, car la juridiction interne appliquait la loi italienne, tandis que la Chambre applique le droit international; de plus, les parties ne sont évidemment pas les mêmes. Il semble pourtant que les juridictions internes ont bien été saisies de la question qui forme l'essence de la requête du demandeur devant la Chambre. Dans les deux cas, la demande porte sur l'allégation que la réquisition, en rendant impossible la liquidation régulière, a déclenché la faillite et a ainsi entraîné les pertes alléguées.

59. En présence de tant de procès intentés devant les juridictions internes à propos de ce qui est au fond la demande dont la Chambre est maintenant saisie, l'Italie devait démontrer qu'il existait néanmoins un quelconque recours interne qui n'avait pas été tenté ou du moins tenté mais pas épuisé. Ce devoir, l'Italie n'a jamais essayé de le nier. Elle a soutenu qu'on aurait pu porter l'affaire devant les juridictions internes en s'autorisant des dispositions des traités eux-mêmes et en en alléguant la violation. Cela n'a jamais été fait. Dans les instances introduites devant le tribunal de Palerme, puis devant la cour d'appel de Palerme et devant la Cour de cassation, le traité de 1948 et l'accord complémentaire n'ont jamais été mentionnés, ce qui n'est pas surprenant puisque, comme l'Italie le reconnaît, ce n'était pas à Raytheon et Machlett mais au syndic qu'il appartenait de se prononcer sur la manière dont la cause serait plaidée devant les juridictions de Palerme. D'autre part, la règle relative aux recours internes n'exige pas et ne saurait exiger qu'une demande soit présentée aux juridictions internes sous une forme et avec des arguments convenant à un tribunal international, celui-ci appliquant un autre droit à d'autres parties: pour qu'une demande internationale soit recevable, il suffit qu'on ait soumis la substance de la demande aux juridictions compétentes et qu'on ait persévéré aussi loin que le permettent les lois et les procédures locales, et ce sans succès.

60. La question se ramène donc à ceci: Raytheon et Machlett, agissant en leur propre nom en tant que sociétés des Etats-Unis qui se prétendaient lésées par la réquisition de biens d'une société italienne dont elles détenaient les actions, auraient-elles dû introduire une instance devant les tribunaux italiens, dans le délai général de prescription (cinq ans), et alléguer la violation de certaines dispositions du traité de 1948, conscientes qu'elles étaient que la question même des conséquences de la réquisition était déjà à l'examen dans l'action ouverte par le syndic de faillite et que tous dommages et intérêts susceptibles d'être accordés dans cette action devaient se fondre dans la masse des avoirs réalisés, masse dont Raytheon et Machlett avaient le droit de réclamer une quote-part en tant que créancières?

61. L'Italie soutient que Raytheon et Machlett auraient pu fonder une telle action devant les tribunaux italiens sur l'article 2043 du Code civil italien, qui dispose ce qui suit: «Tout fait dolosif ou fautif qui cause à autrui un dommage illicite oblige celui qui l'a commis à réparer ce dommage.» D'après l'Italie, cette disposition est souvent invoquée par des

ages." According to Italy, this provision is frequently invoked by individuals against the Italian State, and substantial sums have been awarded to claimants where appropriate. If Raytheon and Machlett suffered damage caused by violations by Italian public authorities of the FCN Treaty and the Supplementary Agreement, an Italian court would, it was contended, have been bound to conclude that the relevant acts of the public authorities were wrongful acts for the purposes of Article 2043. It is common ground between the Parties that implementing legislation *("ordini di esecuzione")* was enacted (Law No. 385 of 15 June 1949 and Law No. 910 of 1 August 1960), to give effect in Italy to the FCN Treaty and Supplementary Agreement, but that their provisions cannot be invoked in protection of individual rights before the Italian courts unless those provisions are regarded by the courts as self-executing. In order to show that the relevant provisions would be so regarded, decisions of the Court of Cassation have been cited by Italy in which provisions of the FCN Treaty (not the provisions relied on in the present case) have been applied for the benefit of United States nationals who have invoked them before Italian courts, and a provision of a treaty between Italy and the Federal Republic of Germany, said to be comparable with Article V of the FCN Treaty, was given effect.

62. However, those decisions were not based on Article 2043 of the Italian Civil Code; and the treaty provisions applied were given effect in conjunction with municipal legislation or the provisions of other treaties, through the mechanism of a most-favoured-nation provision. In none of the cases cited was the FCN Treaty provision relied on to establish the wrongfulness of conduct of Italian public officials. When in 1971 Raytheon consulted two Italian jurists on the question of local remedies for the purposes of a diplomatic claim, it apparently did not occur to either of them to refer even as a possibility to action under Article 2043 in conjunction with the FCN Treaty. It thus appears to the Chamber to be impossible to deduce, from the recent jurisprudence cited, what the attitude of the Italian courts would have been had Raytheon and Machlett brought an action, some 20 years ago, in reliance on Article 2043 of the Civil Code in conjunction with the provisions of the FCN Treaty and the Supplementary Agreement. Where the determination of a question of municipal law is essential to the Court's decision in a case, the Court will have to weigh the jurisprudence of the municipal courts, and "If this is uncertain or divided, it will rest with the Court to select the interpretation which it considers most in conformity with the law" (*Brazilian Loans, P.C.I.J., Series A, Nos. 20/21*, p. 124). In the present case, however, it was for Italy to show, as a matter of fact, the existence of a remedy which was open to the United States stockholders and which they failed to employ. The Chamber does not consider that Italy has discharged that burden.

63. It is never easy to decide, in a case where there has in fact been much resort to the municipal courts, whether local remedies have truly been "exhausted". But in this case Italy has not been able to satisfy the

particuliers contre l'Etat italien et des sommes importantes ont été allouées aux demandeurs quand il y avait lieu. Si Raytheon et Machlett avaient subi un préjudice, à la suite de la violation du traité de 1948 et de l'accord complémentaire par des autorités italiennes, un tribunal italien aurait été tenu, a-t-on soutenu, de conclure que les actes ainsi commis par les pouvoirs publics étaient illicites au regard de l'article 2043. Les Parties s'accordent à reconnaître que des ordres d'exécution *(« ordini di esecuzione »)* ont été adoptés (loi nº 385 du 15 juin 1949 et loi nº 910 du 1er août 1960) pour donner effet au traité et à l'accord complémentaire en Italie, mais que les dispositions de ces derniers ne pourraient être invoquées pour protéger des droits individuels devant les tribunaux italiens que si les juges les considéraient comme étant d'application directe. Pour établir que les dispositions en cause seraient considérées comme telles, l'Italie a cité des arrêts de la Cour de cassation dont il ressort que des dispositions du traité de 1948 (autres que celles qui sont invoquées dans la présente affaire) ont été appliquées à l'avantage de ressortissants des Etats-Unis qui les avaient invoquées devant des tribunaux italiens et qu'une disposition d'un traité entre l'Italie et la République fédérale d'Allemagne, présentée comme comparable à l'article V du traité de 1948, a été appliquée.

62. Ces décisions ne se fondaient cependant pas sur l'article 2043 du Code civil italien; d'autre part, les dispositions conventionnelles appliquées ont pris effet conjointement avec des lois internes ou avec les dispositions d'autres traités, par le mécanisme de la clause de la nation la plus favorisée. Dans aucune des affaires citées la disposition du traité de 1948 n'a été invoquée pour établir le caractère illicite du comportement de représentants des pouvoirs publics italiens. En 1971, quand Raytheon a consulté deux juristes italiens sur la question des recours internes aux fins d'une réclamation diplomatique, aucun d'eux ne semble avoir eu l'idée de faire allusion, même en tant qu'éventualité, à une action intentée en vertu de l'article 2043 ainsi que du traité de 1948. Il semble donc impossible à la Chambre d'inférer de la jurisprudence récente citée quelle aurait été l'attitude des tribunaux italiens si Raytheon et Machlett avaient introduit une instance, il y a une vingtaine d'années, en se fondant sur l'article 2043 du Code civil ainsi que sur les dispositions du traité de 1948 et de l'accord complémentaire. Chaque fois qu'il sera essentiel, pour que la Cour puisse statuer dans une affaire, de trancher une question de droit interne, la Cour devra apprécier la jurisprudence des tribunaux internes et, « si celle-ci est incertaine ou partagée, il appartiendra à la Cour de choisir l'interprétation qu'elle croit être la plus conforme à la loi » (*Emprunts brésiliens, C.P.J.I. série A nos 20/21*, p. 124). Toutefois, dans la présente affaire, l'Italie devait établir la réalité de l'existence d'un recours que les actionnaires américains pouvaient exercer et qu'ils n'ont pas utilisé. La Chambre n'estime pas que l'Italie se soit acquittée de ce devoir.

63. Dans une affaire où les juridictions internes ont été vraiment beaucoup sollicitées, il n'est jamais facile de décider si les recours internes ont été réellement « épuisés ». Mais, en l'espèce, l'Italie n'a pas réussi à

Chamber that there clearly remained some remedy which Raytheon and Machlett, independently of ELSI, and of ELSI's trustee in bankruptcy, ought to have pursued and exhausted. Accordingly, the Chamber will now proceed to consider the merits of the case.

* * *

64. Paragraph 1 of the United States final submissions claims that:

> "(1) the Respondent violated the international legal obligations which it undertook by the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the two countries, and the Supplement thereto, and in particular, violated Articles III, V, and VII of the Treaty and Article I of the Supplement".

It is necessary therefore to examine these Articles of the FCN Treaty and the Supplementary Agreement, against the conduct which is said to have been a violation of the obligations set out in these Articles. In doing so, it will be kept in mind that although the stated purposes of the FCN Treaty were those normally to be found in treaties of that kind, nevertheless a purpose of the Supplementary Agreement, which is to "constitute an integral part" of the FCN Treaty, was to give "added encouragement to investments of the one country in useful undertakings in the other country".

65. The acts of the Respondent which are thus alleged to violate its treaty obligations were described by the Applicant's counsel in terms which it is convenient to cite here:

> "First, the Respondent violated its legal obligations when it unlawfully requisitioned the ELSI plant on 1 April 1968 which denied the ELSI stockholders their direct right to liquidate the ELSI assets in an orderly fashion. Second, the Respondent violated its obligations when it allowed ELSI workers to occupy the plant. Third, the Respondent violated its obligations when it unreasonably delayed ruling on the lawfulness of the requisition for 16 months until immediately after the ELSI plant, equipment and work-in-process had all been acquired by ELTEL. Fourth and finally, the Respondent violated its obligations when it interfered with the ELSI bankruptcy proceedings, which allowed the Respondent to realize its previously expressed intention of acquiring ELSI for a price far less than its fair market value."

66. The most important of these acts of the Respondent which the Applicant claims to have been in violation of the FCN Treaty is the requisition of the ELSI plant by the Mayor of Palermo on 1 April 1968, which is claimed to have frustrated the plan for what the Applicant terms an "orderly liquidation" of the company as set out in paragraphs 22-25

convaincre la Chambre qu'il restait manifestement quelque recours que Raytheon et Machlett auraient dû former et épuiser, indépendamment de l'ELSI et du syndic de faillite. La Chambre peut donc passer maintenant à l'examen du fond.

* * *

64. Au paragraphe 1 de leurs conclusions finales, les Etats-Unis soutiennent :

> « 1) que le défendeur a violé les obligations qu'il avait assumées au regard du droit international dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les deux pays et dans l'accord complétant ce traité et, en particulier, qu'il a violé les articles III, V et VII du traité et l'article premier de l'accord complémentaire ».

Il est donc nécessaire d'examiner ces articles du traité de 1948 et de l'accord complémentaire au regard du comportement qui aurait constitué une violation des obligations qui y sont énoncées. Ce faisant, il sera tenu compte du fait que les buts de ce traité, tels qu'énoncés, étaient ceux que l'on trouve normalement dans des traités de ce genre, mais que l'un des buts de l'accord complémentaire — accord qui « constituera ... partie intégrante » du traité de 1948 — était d'« encourager davantage les investissements de chacun des deux pays dans des entreprises reconnues utiles de l'autre pays ».

65. Les actes du défendeur qui auraient violé ses obligations conventionnelles ont été décrits par le conseil du demandeur en des termes qu'il convient de citer ici :

> « Premièrement, le défendeur a violé ses obligations juridiques lorsqu'il a illégalement réquisitionné l'usine de l'ELSI le 1er avril 1968, privant ainsi les actionnaires de leur droit direct de procéder à la liquidation des actifs de la société dans des conditions normales. Deuxièmement, le défendeur a violé ses obligations lorsqu'il a permis aux ouvriers de l'ELSI d'occuper l'usine. Troisièmement, le défendeur a violé ses obligations en s'abstenant, pendant un délai déraisonnable de seize mois, de statuer sur la « légitimité » de la réquisition et en ne le faisant qu'immédiatement après que l'usine, le matériel et l'en-cours de l'ELSI eurent été achetés par l'ELTEL. Enfin, quatrièmement, le défendeur a violé ses obligations lorsqu'il est intervenu dans la procédure de faillite de l'ELSI, ce qui lui a permis, comme il en avait auparavant exprimé l'intention, d'acheter l'ELSI à un prix bien inférieur au juste prix du marché. »

66. Le plus important de ces actes du défendeur dont le demandeur prétend qu'ils ont constitué une violation du traité de 1948 est la réquisition de l'usine de l'ELSI par le maire de Palerme, le 1er avril 1968, acte qui aurait fait échec au plan relatif à ce que le demandeur définit comme une « liquidation régulière » de la société, ainsi qu'il est indiqué aux para-

above. It is fair to describe the other impugned acts of the Respondent, to be explained more fully below (paragraph 115), as ancillary to this core claim based on the requisition and its effects.

67. The Chamber is faced with a situation of mixed fact and law of considerable complexity, wherein several different strands of fact and law have to be examined both separately and for their effect on each other: the meaning and effect of the relevant Articles of the FCN Treaty and Supplementary Agreement; the legal status of the Mayor's requisition of ELSI's plant and assets; and the legal and practical significance of the financial position of ELSI at material times, and its effect, if any, upon ELSI's plan for orderly liquidation of the company. It will be convenient to begin by examining these considerations in relation to the Applicant's claim that the requisition order was a violation of Article III of the FCN Treaty.

* *

68. Article III of the FCN Treaty is in two paragraphs. Paragraph 1 provides for rights of participation of nationals of one High Contracting Party, in corporations and associations of the other High Contracting Party, and for the exercise by such corporations and associations of their functions. Since there is no allegation of treatment less favourable than is required according to the standards set by this paragraph, it need not detain the Chamber. Paragraph 2 of Article III is however important for the Applicant's claim; it provides:

> "The nationals, corporations and associations of either High Contracting Party shall be permitted, in conformity with the applicable laws and regulations within the territories of the other High Contracting Party, to organize, control and manage corporations and associations of such other High Contracting Party for engaging in commercial, manufacturing, processing, mining, educational, philanthropic, religious and scientific activities. Corporations and associations, controlled by nationals, corporations and associations of either High Contracting Party and created or organized under the applicable laws and regulations within the territories of the other High Contracting Party, shall be permitted to engage in the aforementioned activities therein, in conformity with the applicable laws and regulations, upon terms no less favorable than those now or hereafter accorded to corporations and associations of such other High Contracting Party controlled by its own nationals, corporations and associations."

Again there is no allegation of treatment of ELSI according to standards less favourable than those laid down in the second sentence of the para-

graphes 22 à 25 ci-dessus. Les autres actes dont il fait grief au défendeur, lesquels seront exposés plus en détail ci-après (voir paragraphe 115), peuvent être qualifiés d'actes accessoires par rapport au grief principal fondé sur la réquisition et ses effets.

67. La Chambre se trouve en présence d'une situation tout à la fois de fait et de droit, qui est d'une grande complexité et dans laquelle des enchaînements différents de fait et de droit doivent être examinés séparément et sous l'angle de leurs effets réciproques : la signification et l'effet des articles pertinents du traité de 1948 et de l'accord complémentaire; la légalité de la réquisition de l'usine et des biens de l'ELSI par le maire; la portée juridique et pratique de la situation financière de l'ELSI à des moments déterminants ainsi que ses incidences éventuelles sur le plan de l'ELSI prévoyant la liquidation régulière de la société. Il convient de commencer par examiner ces points par rapport à l'assertion du demandeur selon laquelle l'ordonnance de réquisition violait l'article III du traité.

* *

68. L'article III du traité comporte deux paragraphes. Le premier prévoit, pour les ressortissants de l'une des Hautes Parties contractantes, des droits de participation dans les sociétés et associations de l'autre Haute Partie contractante ainsi que l'exercice par ces sociétés et associations de leurs activités. Puisqu'il n'est pas allégué qu'il y ait eu traitement moins favorable que ce qu'exigent les normes fixées dans ce paragraphe, la Chambre n'a pas à s'y arrêter. En revanche, le paragraphe 2 de l'article III est important pour la thèse du demandeur; il dispose ce qui suit :

> « Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes seront autorisés, en conformité des lois et règlements applicables à l'intérieur des territoires de l'autre Haute Partie contractante, à constituer, contrôler et gérer des sociétés et associations de cette autre Haute Partie contractante en vue de poursuivre des activités touchant la fabrication ou la transformation industrielles, ou des activités minières, commerciales, scientifiques, éducatives, religieuses et philantropiques. Les sociétés et associations contrôlées par des ressortissants, des sociétés et associations de l'une ou de l'autre des Hautes Parties contractantes et qui sont créées ou constituées conformément aux lois et règlements en vigueur sur les territoires de l'autre Haute Partie contractante, seront autorisées à y exercer les activités susvisées, en se conformant aux lois et règlements en vigueur, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux sociétés et associations de cette autre Haute Partie contractante qui sont contrôlées par des ressortissants, des sociétés ou des associations de la même Haute Partie contractante. »

Il n'est pas allégué non plus que l'ELSI ait été traitée selon des normes moins favorables que celles qui sont énoncées dans la seconde phrase de

graph: the allegation by the United States of a violation of this paragraph by Italy relates to the first sentence.

69. In terms of the present case, the effect of the first sentence of this paragraph is that Raytheon and Machlett are to be permitted, in conformity with the applicable laws and regulations within the territory of Italy, to organize, control and manage ELSI. The claim of the United States focuses on the right to "control and manage"; the right to "organize", apparently in the sense of the creation of a corporation, is not in question in this case. Is there, then, a violation of this Article if, as the United States alleges, the requisition had the effect of depriving ELSI of both the right and practical possibility of selling off its plant and assets for satisfaction of its liabilities to its creditors and satisfaction of its shareholders?

70. It is undeniable that the requisition of a firm's "plant and relative equipment" must normally amount to a deprivation, at least in important part, of the right to control and manage. It was objected by Italy that the requisition in no way affected "control by the shareholders over the company", but merely concerned the management by the company of property belonging to the company. It is true that the direct impact of the requisition was only on control of the property requisitioned. It is however also undeniable that this requisition, which remained in effect until 30 September 1968, was issued to avoid the closure of ELSI's plant, the dismissal of its workforce, and as a consequence the probable dispersal of the assets, all of which were integral to ELSI's plan for orderly liquidation. Since the requisition thus had the design of preventing Raytheon from exercising, for six critical months, what was at that time a most important part of its right to control and manage ELSI, there exists a question whether the requisition was in conformity with the requirements of Article III, paragraph 2, of the FCN Treaty. Before coming to a conclusion on that question it is necessary now to take into consideration certain other matters.

71. Article III of the FCN Treaty, both in paragraph 1 concerning rights to be enjoyed by the nationals of one party in the territory of the other, and in paragraph 2, concerning rights of nationals of one party to "organize, control and manage" corporations of the other party, contains the qualifying phrase, "in conformity with the applicable laws and regulations" of the latter party. It was argued by Italy that this clause confirms that the correct interpretation of that paragraph is that it was not intended to confer upon United States nationals any rights of control and management more extensive, or more extensively protected, than those enjoyed by other stockholders, of whatever nationality, in Italian companies. Therefore, it was said, the requisition was no breach of the rights conferred by the FCN Treaty, because its "invalidity . . . as ascertained by the decision of the Prefect of Palermo, does not alter the fact that it was issued by the competent authority on a regular legal basis". But, in the Chamber's view, the reference to conformity with "the applicable laws and regu-

ce paragraphe : l'allégation des Etats-Unis selon laquelle l'Italie aurait agi en violation de ce paragraphe se rapporte à la première phrase.

69. Dans le cas de la présente affaire, la première phrase de ce paragraphe a pour effet que Raytheon et Machlett doivent être autorisées, en conformité des lois et règlements applicables à l'intérieur du territoire italien, à constituer, contrôler et gérer l'ELSI. La demande présentée par les Etats-Unis est axée sur le droit de « contrôler et gérer » ; le droit de « constituer », entendu apparemment dans le sens de la création d'une société, n'est pas en question en l'espèce. Y a-t-il dès lors eu violation de cet article si, comme les Etats-Unis l'allèguent, la réquisition a eu pour effet de priver l'ELSI du droit et de la possibilité matérielle de vendre son usine et ses actifs pour s'acquitter de ses dettes envers ses créanciers et rembourser ses actionnaires ?

70. Il est indéniable que la réquisition « de l'usine et des équipements connexes » d'une entreprise doit normalement équivaloir à une privation, du moins pour une part importante, du droit de contrôler et de gérer. L'Italie a objecté que la réquisition n'a nullement empêché les « actionnaires d'exercer leur contrôle sur la société » et qu'elle ne portait que sur la gestion par la société de biens qui lui appartenaient. Il est exact que la réquisition n'a eu d'effet direct que sur le contrôle des biens réquisitionnés. Mais il est indéniable aussi que cette réquisition, qui est restée en vigueur jusqu'au 30 septembre 1968, a été prononcée pour éviter la fermeture de l'usine de l'ELSI, le licenciement de sa main-d'œuvre et, partant, la dispersion probable des actifs, mesures qui toutes faisaient partie du plan de la société prévoyant la liquidation régulière. Comme la réquisition avait donc pour dessein d'empêcher Raytheon d'exercer, pendant six mois décisifs, ce qui constituait à l'époque l'un des aspects les plus importants de son droit de contrôler et de gérer l'ELSI, la question se pose de savoir si la réquisition était conforme aux exigences du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1948. Avant de parvenir à une conclusion sur cette question, il faut prendre en considération d'autres points.

71. L'article III du traité de 1948, tant au paragraphe 1 relatif aux droits dont doivent jouir les ressortissants d'une partie sur le territoire de l'autre, qu'au paragraphe 2 relatif aux droits des ressortissants d'une partie de « constituer, contrôler et gérer » des sociétés de l'autre partie, contient la clause restrictive « en conformité des lois et règlements applicables » de cette autre partie. L'Italie a soutenu que cette clause confirme que ce paragraphe, interprété correctement, ne vise pas à conférer aux ressortissants des Etats-Unis des droits de contrôle et de gestion plus étendus ou plus largement protégés que ceux dont jouissent d'autres actionnaires de sociétés italiennes, quelle que soit leur nationalité. En conséquence, a-t-il été soutenu, la réquisition n'a pas violé de droits conférés par le traité de 1948, puisque son « invalidité, telle que constatée par la décision du préfet de Palerme, ne change rien au fait qu'elle a été prise par l'autorité compétente et fondée sur une base légale régulière ». Toutefois, de l'avis de la Chambre, la mention de la conformité aux « lois et règlements appli-

lations" cannot mean that, if an act is in conformity with the municipal law and regulations, that would of itself exclude any possibility that it was an act in breach of the FCN Treaty.

72. The reference to conformity with "the applicable laws and regulations" surely means no more than that Italian corporations and associations controlled by United States nationals must conform to the local applicable laws and regulations; moreover, they must do so even if they believe a law or regulation to be in breach of the FCN Treaty, and, indeed, even if it were in breach of the FCN Treaty. This the Applicant has never denied. Raytheon and Machlett did conform to the terms of the requisition. Indeed they had no other choice.

73. The question still remains, therefore, whether the requisition was or was not a violation of Article III, paragraph 2. This question arises irrespective of the position in municipal law. Compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty are different questions. What is a breach of treaty may be lawful in the municipal law and what is unlawful in the municipal law may be wholly innocent of violation of a treaty provision. Even had the Prefect held the requisition to be entirely justified in Italian law, this would not exclude the possibility that it was a violation of the FCN Treaty.

74. This question whether or not certain acts could constitute a breach of the treaty right to be permitted to control and manage is one which must be appreciated in each case having regard to the meaning and purpose of the FCN Treaty. Clearly the right cannot be interpreted as a sort of warranty that the normal exercise of control and management shall never be disturbed. Every system of law must provide, for example, for interferences with the normal exercise of rights during public emergencies and the like. In this respect considerable interest must attach to the reasons given by the Prefect in his decision, and to the legal analysis of that decision by the Court of Appeal of Palermo.

75. The Prefect took note in his decision of the fact that the Mayor had relied on legislative authority empowering him to act in cases of "grave public necessity and unforeseen urgency". He did not find that those conditions were absent; he however annulled the requisition on the basis primarily of the following considerations:

> *"Non v'ha dubbio che anche se possono considerarsi, in linea del tutto teorica, sussistenti, nella fattispecie, gli estremi della grave necessità pubblica e della contingibilità ed urgenza che determinarono l'adozione del provvedimento, il fine cui tendeva la requisizione non poteva trovare pratica realizzazione con il provvedimento stesso, tanto è vero che nessuna ripresa di attività dell'azienda vi è stata a seguito della requisizione, nè avrebbe potuto esserci. Manca, pertanto, nel provvedimento, genericamente, la causa giuridica che possa giustificarlo e renderlo operante."*

There has been some controversy between the Parties as to the translation

cables» ne saurait signifier que, si un acte est conforme aux lois et règlements nationaux, il est par là même exclu qu'il puisse s'agir d'un acte violant le traité de 1948.

72. La référence à la conformité aux «lois et règlements applicables» signifie à l'évidence simplement que les sociétés et associations italiennes contrôlées par des ressortissants des Etats-Unis doivent se conformer aux lois et règlements applicables localement; de plus, elles doivent s'y conformer même si elles pensent qu'une loi ou un règlement viole le traité de 1948 et, d'ailleurs, même si cette loi ou ce règlement le viole. Le demandeur ne l'a jamais nié. Raytheon et Machlett se sont pliées aux conditions de la réquisition. Elles n'avaient d'ailleurs pas le choix.

73. Reste donc à savoir si la réquisition constituait ou non une violation du paragraphe 2 de l'article III du traité. Cette question se pose indépendamment de la situation en droit interne. La conformité d'un acte au droit interne et sa conformité aux dispositions d'un traité sont des questions différentes. Ce qui constitue une violation d'un traité peut être licite en droit interne et ce qui est illicite en droit interne peut n'entraîner aucune violation d'une disposition conventionnelle. Même si le préfet avait jugé que la réquisition était tout à fait justifiée au regard du droit italien, cela n'exclurait pas la possibilité qu'elle ait constitué une violation du traité de 1948.

74. Cette question de savoir si certains actes pourraient ou non constituer une violation du droit conventionnel d'être autorisé à contrôler et à gérer est une question qui doit être examinée dans chaque cas compte tenu du sens et du but du traité de 1948. Il est évident que ce droit ne peut être interprété comme une sorte de garantie que l'exercice normal du contrôle et de la gestion ne sera jamais troublé. Tout système juridique doit prévoir, par exemple, des limites à l'exercice normal de certains droits dans des situations d'urgente nécessité publique ou autres. A cet égard, les motifs que le préfet a donnés dans sa décision et l'analyse juridique que la cour d'appel de Palerme a faite de cette décision sont très intéressants.

75. Le préfet a pris note, dans sa décision, du fait que le maire s'était fondé sur les pouvoirs que lui donnait la loi pour agir en cas de «grave nécessité publique, d'imprévisibilité et d'urgence». Il n'a pas décidé que ces conditions n'étaient pas réunies; il a cependant annulé la réquisition en se fondant essentiellement sur les considérations suivantes:

> *«Non v'ha dubbio che anche se possono considerarsi, in linea del tutto teorica, sussistenti, nella fattispecie, gli estremi della grave necessità pubblica e della contingibilità ed urgenza che determinarono l'adozione del provvedimento, il fine cui tendeva la requisizione non poteva trovare pratica realizzazione con il provvedimento stesso, tanto è vero che nessuna ripresa di attività dell'azienda vi è stata a seguito della requisizione, nè avrebbe potuto esserci. Manca, pertanto, nel provvedimento, genericamente, la causa giuridica che possa giustificarlo e renderlo operante.»*

La traduction de ce passage a donné lieu à quelque controverse entre les

of this passage (see paragraph 123 below); in the view of the Chamber it may be translated as follows:

> "There is no doubt that, even though, from the purely theoretical standpoint, the conditions of grave public necessity and of unforeseen urgency warranting adoption of the measure may be considered to exist in the case in point, the intended purpose of the requisition could not in practice be achieved by the order itself, since in fact there was no resumption of the company's activity following the requisition, nor could there have been such resumption. The order therefore lacks, generically, the juridical cause which might justify it and make it operative."

The Court of Appeal of Palermo, for reasons to be examined more fully below (paragraph 127), considered that the Prefect's finding had been one of

> *"un tipico caso di eccesso di potere, che è, come è noto, un vizio di legittimità dell'atto amministrativo"*
>
> ("a typical case of excess of power, which is of course a defect of lawfulness of an administrative act").

The requisition was thus found not to have been justified in the applicable local law; if therefore, as seems to be the case, it deprived Raytheon and Machlett of what were at the moment their most crucial rights to control and manage, it might appear prima facie a violation of Article III, paragraph 2.

76. There remains however a crucial question to be considered. According to the Respondent, Raytheon and Machlett were, because of ELSI's financial position, already naked of those very rights of control and management of which they claim to have been deprived. It is necessary now, therefore, to consider what effect, if any, the financial position of ELSI may have had in that respect, first as a practical matter, and then also as a question of Italian law.

*

77. The essence of the Applicant's claim has been throughout that Raytheon and Machlett, which controlled ELSI, were by the requisition deprived of the right, and of the practical possibility, of conducting an orderly liquidation of ELSI's assets. This plan for an orderly liquidation was however very much bound up with the financial state of ELSI, and the two need to be considered together.

78. ELSI's lack of success was attributed by its management at least in part to the fact that it was over-manned in relation to its order book; it had needed repeated injections of fresh capital, and was never able to produce an operating profit sufficient to offset its debt expense and its accumulat-

Parties (voir paragraphe 123 ci-après); de l'avis de la Chambre, il peut être traduit comme suit :

> « Il n'y a pas de doute que, même si l'on peut considérer, de façon toute théorique, que les conditions de grave nécessité publique, d'imprévisibilité et d'urgence qui ont déterminé l'adoption de cette mesure étaient réunies en l'espèce, l'objectif visé par la réquisition ne pouvait être réalisé en pratique par cette ordonnance, tant il est vrai qu'à la suite de la réquisition l'activité de l'entreprise n'a pas repris et n'aurait pas pu reprendre. D'une manière générale, il manque par conséquent dans l'ordonnance la cause juridique pouvant la justifier et la rendre opérante. »

La cour d'appel de Palerme, pour des motifs qui seront plus complètement examinés ci-après (paragraphe 127), a estimé que la décision du préfet était une décision constatant

> *« un tipico caso di eccesso di potere, che è, come è noto, un vizio di legittimità dell'atto amministrativo »*
>
> (« un cas typique d'excès de pouvoir qui, comme on le sait, constitue un vice de légitimité de l'acte administratif »).

Il a donc été estimé que la réquisition ne se justifiait pas au regard du droit interne applicable; en conséquence, si la réquisition, comme cela semble être le cas, a privé Raytheon et Machlett de droits qui étaient pour elles, à l'époque, des droits tout à fait essentiels, à savoir leurs droits de contrôle et de gestion, il paraît s'agir à première vue d'une violation du paragraphe 2 de l'article III.

76. Il reste néanmoins une question essentielle à examiner. Selon le défendeur, Raytheon et Machlett étaient déjà, du fait de la situation financière de l'ELSI, privées des droits de contrôle et de gestion dont elles prétendent précisément avoir été dépouillées. Il est par conséquent nécessaire à présent de voir quel effet la situation financière de l'ELSI peut éventuellement avoir eu à cet égard, d'abord d'un point de vue pratique puis du point de vue du droit italien.

*

77. La thèse du demandeur est tout entière fondée sur le fait que Raytheon et Machlett, qui contrôlaient l'ELSI, ont été privées par la réquisition du droit et de la possibilité matérielle de procéder à une liquidation régulière des avoirs de l'ELSI. Ce plan de liquidation régulière était pourtant très étroitement lié à l'état financier de l'ELSI. Il faut donc examiner ces deux points simultanément.

78. La direction de l'ELSI a attribué, du moins en partie, le manque de succès de l'entreprise à l'excès de ses effectifs par rapport à son carnet de commandes: à plusieurs reprises, il avait fallu procéder à des injections de capitaux, et la société n'avait jamais réussi à réaliser assez

ing losses. No dividends were ever paid to its shareholders. The 30 September 1966 balance sheet already showed accumulated losses of some 2,000 million lire.

79. The position was worsening, moreover, as the balance sheet for 30 September 1967 (above at paragraphs 18-19) showed. Raytheon's Italian auditors pointed out that the balance sheet, when "adjusted" to Raytheon's own accounting requirements for internal purposes (the unadjusted statement, however, appears to have satisfied Italian legal requirements), then showed adjusted accumulated losses, actually exceeding "the total of the paid up capital stock, capital reserve and Stockholders' subscription account" by 881.3 million lire; and warned that if these adjustments to the total of accumulated losses were entered in the company's books of account,

> "under Articles 2447 and 2448 of the Italian Civil Code, the directors would be obliged to convene a Stockholders' meeting forthwith to take measures either to cover the losses by providing new capital or to put the company into liquidation".

80. On 7 March 1968, Raytheon formally notified ELSI of its decision that Raytheon would not provide any further capital, whether in the form of subscribing to new stock or guaranteeing additional loans. At a board meeting of ELSI held in Rome on 16 March 1968, it was decided on the "cessation of the company's operations"; that production would be "discontinued immediately"; that "commercial activities and employment contracts" would be terminated on 29 March 1968; and that "a shareholders' meeting be called for 28 March 1968, to adopt the necessary resolutions". This was not, however, in ELSI's plans, to involve a liquidation under Article 2450 of the Italian Civil Code, which requires a liquidator to be appointed. The plan for an orderly liquidation, as conceived by the ELSI management, was to be managed by them. At a special meeting of shareholders, held on 28 March 1968, in Palermo, it was resolved to ratify the resolutions adopted by the Board of Directors at the meeting of 16 March 1968; and

> "to empower the Board of Directors to make contacts with the banks and principal creditors of the company to reach an agreement on procedures to be followed in the interest of all the creditors for the orderly disposal of the company's assets at their highest realizable value . . ."
>
> *("di dare mandato al Consiglio di Amministrazione di prendere contatti con gli istituti di credito e con i maggiori creditori della Società per concordare procedure che consentano nell'interesse di tutti i creditori una ordinata alienazione delle attività sociali al massimo valore di realizzazione").*

de bénéfices d'exploitation pour couvrir ses dettes et ses pertes accumulées. Jamais des dividendes n'ont été versés à ses actionnaires. Au 30 septembre 1966, le bilan faisait déjà apparaître des pertes accumulées pour un montant d'environ 2000 millions de lires.

79. De plus, la situation s'aggravait, comme il ressort du bilan au 30 septembre 1967 (paragraphes 18 et 19 ci-dessus). Les auditeurs italiens de Raytheon firent alors observer que le bilan, une fois « ajusté » suivant les exigences comptables propres de Raytheon à des fins internes (il semble cependant que le bilan non ajusté était conforme aux exigences de la loi italienne), faisait apparaître des pertes accumulées ajustées dont le montant dépassait en réalité de 881,3 millions de lires celui du « total du capital social libéré, des réserves et du compte de souscription des actionnaires » ; ils prévinrent la société que, si ces ajustements apportés au total des pertes accumulées étaient inscrits sur les livres de la société,

> « les administrateurs seraient obligés, en vertu des articles 2447 et 2448 du Code civil italien, de convoquer immédiatement une assemblée des actionnaires en vue de prendre des mesures, soit pour compenser les pertes en fournissant de nouveaux capitaux, soit pour mettre la société en liquidation ».

80. Le 7 mars 1968, Raytheon fit officiellement part à l'ELSI de sa décision de ne plus fournir de nouveaux capitaux, sous forme de souscription de nouvelles actions ou de garantie de prêts additionnels. Lors d'une réunion du conseil d'administration de l'ELSI tenue à Rome le 16 mars 1968, les décisions suivantes furent prises ; « mettre fin aux activités de la société » ; « arrêt immédiat » de la production ; « fin des activités commerciales et licenciement des salariés » le 29 mars 1968 ; « une assemblée des actionnaires sera convoquée pour le 28 mars 1968 afin d'adopter les résolutions nécessaires ». Dans les projets de l'ELSI, ces mesures ne devaient cependant pas entraîner une liquidation au sens de l'article 2450 du Code civil italien, lequel exige la désignation d'un liquidateur. Le plan de liquidation régulière qu'avaient conçu les dirigeants de l'ELSI devait être mis en œuvre par eux. Lors d'une assemblée extraordinaire des actionnaires tenue à Palerme le 28 mars 1968, il fut décidé de ratifier les résolutions adoptées par le conseil d'administration à sa réunion du 16 mars 1968 et

> « de donner mandat au conseil d'administration de se mettre en rapport avec les établissements de crédit et les principaux créanciers de la société pour parvenir à un accord sur les procédures à suivre pour réaliser, dans l'intérêt de tous les créanciers, méthodiquement et au mieux, les avoirs de la société... »
>
> *(« di dare mandato al Consiglio di Amministrazione di prendere contatti con gli istituti di credito e con i maggiori creditori della Società per concordare procedure che consentano nell'interesse di tutti i creditori una ordinata alienazione delle attività sociali al massimo valore di realizzazione »).*

81. This policy of the ELSI management during the months prior to the requisition had, however, a Janus-like character. Although the orderly liquidation contemplated closure of the plant, and dismissal of the workforce, an alternative aim of the management and of Raytheon was to keep the place going, the hope being that the threat of closure and dismissal of the workforce might bring such pressures to bear on the Italian authorities as to persuade them to provide what Raytheon had long hoped for: an influential Italian partner, new capital, and Mezzogiorno benefits. The "Project for the Financing and Reorganization of the Company" prepared in May 1967 spelled out the need for additional capital, new products from Italian Government sources, and financial help for transport costs, capital investment and training: the Project made it clear that the alternative was that Raytheon would decline to invest more funds, over 300 people would become redundant forthwith, and dwindling markets would reduce the employment level still further; as stated in that Project, ' The alternative is really the actual destruction of the existing asset with the undesirable social effects which must follow."

82. Right up to the eve of the requisition the company's representatives went on talking to Italian officials; but at the same time the company's management, according to an affidavit by one of its officials,

> "were aware of the need to have back-up plans in case these efforts were not successful. In the latter part of 1967, we reluctantly began to plan in general for the potential liquidation of ELSI."

In the words of the affidavit of another company official, Raytheon had

> "developed a plan for the orderly disposal of ELSI over about six months during 1968. While this plan was being developed, Raytheon and ELSI representatives continued to meet with Italian Government representatives in an ongoing attempt to find a way for the company to continue to operate."

The company no doubt wished to postpone liquidation as long as possible, both in the hope of avoiding it, and because the threat of closure of the plant would be a means of pressure on the Italian authorities so long as it remained only a threat. The risk, of which the company was well aware, was that to carry on too long might topple the company into insolvency under Italian law. In the event the Italian authorities did not come to the rescue, at least not with terms acceptable to ELSI's management; and the management was left at the last minute with the orderly liquidation plan to be put into effect as seemingly the only way of avoiding bankruptcy or liquidation under the supervision of the Italian court; and the

81. La politique suivie par la direction de l'ELSI durant les mois qui ont précédé la réquisition présente cependant deux visages. La liquidation régulière visait certes à fermer l'usine et à licencier la main-d'œuvre, mais les dirigeants de l'ELSI et Raytheon entendaient aussi maintenir l'entreprise en marche, en espérant que la menace de la fermeture et du licenciement impressionnerait à tel point les autorités italiennes qu'elle les persuaderait de fournir ce que Raytheon espérait depuis longtemps: un associé italien influent, de nouveaux capitaux et les avantages accordés au Mezzogiorno. Dans le « Projet de financement et de réorganisation de la société » élaboré en mai 1967, il était dit qu'il fallait des capitaux supplémentaires, des produits nouveaux demandés par des organismes publics italiens et une aide financière pour les frais de transport, les investissements en capitaux et la formation professionnelle; il y était précisé qu'à défaut Raytheon se refuserait à investir de nouveaux fonds, que plus de trois cents personnes seraient aussitôt licenciées et que la contraction des marchés réduirait encore davantage le niveau de l'emploi; il était ajouté: « sinon disparaîtra cet atout réel, avec toutes les conséquences fâcheuses que cela aura nécessairement sur le plan social ».

82. Jusqu'à la veille de la réquisition des représentants de la société poursuivirent le dialogue avec les autorités italiennes; mais en même temps les dirigeants de celle-ci étaient, ainsi qu'il est dit dans la déclaration sous serment de l'un des responsables de la société,

> « conscients de la nécessité de disposer de plans d'urgence pour l'éventualité où ces efforts seraient infructueux. Dans les derniers mois de 1967, nous avons commencé à contrecœur à préparer les grandes lignes d'un plan de liquidation éventuelle de l'ELSI. »

Aux termes de la déclaration sous serment d'un autre responsable de la société, Raytheon avait

> « élaboré un plan qui ... permettrait, pendant l'année 1968, de procéder en six mois environ à la liquidation régulière de l'ELSI. Tout en élaborant les modalités de ce plan, les représentants de Raytheon et de l'ELSI ont poursuivi leurs pourparlers avec des responsables du Gouvernement italien pour essayer de trouver un moyen de maintenir l'entreprise en activité. »

Sans aucun doute la société souhaitait-elle retarder la liquidation le plus longtemps possible, à la fois avec l'espoir de l'éviter et parce que la menace de la fermeture de l'usine n'aurait constitué un moyen de pression sur les autorités italiennes qu'aussi longtemps qu'elle serait restée une menace. Mais il y avait un risque dont la société se rendait bien compte: si elle tardait trop, elle risquait de tomber en état d'insolvabilité au regard de la loi italienne. En fait, les autorités italiennes ne vinrent pas à la rescousse, du moins pas en proposant des conditions acceptables pour la direction de l'ELSI; celle-ci s'est retrouvée au dernier moment avec le plan de liquidation régulière à mettre en œuvre, apparemment

bankruptcy of its subsidiary was undoubtedly a most unwelcome prospect for Raytheon.

83. The crucial question is whether Raytheon, on the eve of the requisition, and after the closure of the plant and the dismissal, on 29 March 1968, of the majority of the employees, was in a position to carry out its orderly liquidation plan, even apart from its alleged frustration by the requisition. That plan, as originally conceived, contemplated that the disposal of plant and assets might produce enough to pay all creditors 100 per cent of their dues, with a modest residue for the shareholders. In one of the affidavits quoted above it is stated: "If the assets had been disposed of at book value all liabilities, including the payables to Raytheon Company, would have been paid in full." And, indeed, the trustee in bankruptcy, in his report of 28 October 1968 to the bankruptcy judge, explained that in March 1968:

> "the management of Raytheon-Elsi decided, and publicly stated their intention (which was later adopted by the Board of Directors), to suggest to the shareholders the liquidation of the company. The intention was to proceed with an orderly liquidation of all assets in order to pay all the Company's creditors 100 per cent."

This must have seemed a reasonable aim, for the "book value" may well have been a conservative figure. It has not been demonstrated that ELSI was, until shortly before the bankruptcy petition, ever actually in default. Moreover, Raytheon had opened an account in Milan for the payment at 100 per cent of small creditors.

84. Nevertheless since no new investment capital was forthcoming, the possibility of paying creditors in full depended upon putting the orderly liquidation plan into operation in good time. Time was running out because money was running out. As the position worsened daily, the moment might at any time arrive when liabilities exceeded assets, or default resulted from lack of liquidity. ELSI's management had prepared the assessment of the "quick-sale value" (see paragraph 18 above), which was markedly less than book value, being aware that the sale of the company's assets might fail to provide sums approximating to book value. There were plans also to approach the large bank creditors in the hope of securing their agreement to settlements of 50 per cent.

85. Did ELSI, in this precarious position at the end of March 1968, still have the practical possibility to proceed with an orderly liquidation plan? The successful implementation of a plan of orderly liquidation would have depended upon a number of factors not under the control of ELSI's management. Since the company's coffers were dangerously low, funds had to be forthcoming to maintain the cash flow necessary while the plan

comme seul moyen d'éviter la faillite ou la liquidation sous le contrôle d'un tribunal italien; la faillite probable de sa filiale était assurément très peu réjouissante pour Raytheon.

83. Ce qu'il est essentiel de savoir, c'est si Raytheon, à la veille de la réquisition et après la fermeture de l'usine et le licenciement de la majorité des salariés, intervenu le 29 mars 1968, était en mesure d'exécuter son plan de liquidation régulière, même en faisant abstraction du fait que, comme elle l'allègue, la réquisition y aurait fait échec. Ce plan, tel que conçu à l'origine, prévoyait que le produit de la vente de l'usine et des avoirs suffirait à désintéresser entièrement tous les créanciers, tout en laissant un modeste reliquat pour les actionnaires. Dans l'une des déclarations sous serment précitées il est dit: « Si l'actif avait été cédé à sa valeur comptable, toutes les dettes, y compris les dettes envers Raytheon, auraient été entièrement remboursées. » D'ailleurs, dans le rapport qu'il a adressé le 28 octobre 1968 au juge-commissaire, le syndic de faillite a expliqué qu'en mars 1968:

> « la direction de Raytheon-Elsi a décidé et publiquement annoncé son intention (adoptée ensuite par le conseil d'administration) de proposer aux actionnaires la liquidation de la société. Il était envisagé de procéder à une liquidation régulière de tous les avoirs pour satisfaire tous les créanciers de la société à 100 pour cent. »

Ce but a dû paraître raisonnable car la « valeur comptable » pourrait bien avoir été d'un montant prudent. Il n'a pas été démontré que l'ELSI a jamais été réellement en défaut de paiement jusqu'à peu avant sa demande de déclaration de faillite. En outre, Raytheon avait ouvert un compte à Milan pour payer les petits créanciers à 100 pour cent.

84. Cependant, puisque de nouveaux investissements sous forme de capitaux ne s'annonçaient pas, la possibilité de payer les créanciers en totalité supposait que l'on mît à exécution en temps utile le plan de liquidation régulière. Le temps allait manquer parce que l'argent allait manquer. Comme la situation empirait tous les jours, il pouvait arriver d'un moment à l'autre soit que les dettes dépassent les actifs soit que le manque de liquidités entraîne le défaut de paiement. Les dirigeants de l'ELSI avaient fait calculer la « valeur de vente rapide » (voir paragraphe 18 ci-dessus), laquelle était sensiblement inférieure à la valeur comptable, conscients qu'ils étaient que la vente des actifs de la société ne produirait peut-être pas des sommes proches de la valeur comptable. Il était aussi envisagé de faire une démarche auprès des grandes banques créancières dans l'espoir d'obtenir leur accord en vue d'un compromis de paiement à 50 pour cent.

85. Alors qu'elle se trouvait dans cette situation précaire, à la fin de mars 1968, l'ELSI avait-elle encore la possibilité matérielle d'exécuter un plan de liquidation régulière? Le succès de la mise en œuvre d'un plan de liquidation régulière aurait dépendu d'un certain nombre de facteurs qui échappaient au contrôle de la direction de l'ELSI. Etant donné que les coffres de la société s'étaient dangereusement vidés, il fallait que parvien-

was being carried out. Evidence has been produced by the Applicant that Raytheon was prepared to supply cash flow and other assistance necessary to effect the orderly liquidation, and the Chamber sees no reason to question that Raytheon had entered or was ready to enter into such a commitment. Other factors governing the matter however give rise to some doubt.

86. First, for the success of the plan it was necessary that the major creditors (i.e., the banks) would be willing to wait for payment of their claims until the sale of the assets released funds to settle them: and this applied not only to the capital sums outstanding, which may not at the time have yet been legally due for repayment, but also the agreed payments of interest or instalments of capital. Though the Chamber has been given no specific information on the point, this is of the essence of such a liquidation plan: the creditors had to be asked to give the company time. If ELSI had been confident of continuing to meet all its obligations promptly and regularly while seeking a buyer for its assets, no negotiations with creditors, and no elaborate calculations of division of the proceeds, on different hypotheses, such as have been produced to the Chamber, would have been needed.

87. Secondly, the management were by no means certain that the sale of the assets would realize enough to pay all creditors in full; in fact, the existence of the calculation of a "quick-sale value" suggests perhaps more than uncertainty. Thus the creditors had to be asked to give time in return for an assurance, not that 100 per cent would be paid, but that a minimum of 50 per cent would be paid. While in general it might be in the creditors' interest to agree to such a proposal, this does not mean in this case that ELSI could count on such agreement. At the date of the requisition, it seems apparent that the banks, while informed of the financial position, had not yet even been consulted on whether they would accept a guaranteed 50 per cent (see paragraphs 28-29 above), so their reaction remains a matter of speculation.

88. Nor should it be overlooked that the dismissed employees of ELSI ranked as preferential creditors for such sums as might be due to them for severance pay or arrears. In this respect Italy has drawn attention to the Sicilian regional law of 13 May 1968, providing for the payment

> "for the months of March, April and May 1968, to the dismissed employees of Raytheon-Elsi of Palermo of a special monthly indemnity equal to the actual monthly pay received until the month of February 1968".

From this it could be inferred, said Italy, that ELSI did not pay its employees for the month of March 1968. Further it was conceded by the former

nent des fonds pour maintenir les liquidités nécessaires pendant l'exécution du plan. Le demandeur a apporté des éléments de preuve pour démontrer que Raytheon était disposée à fournir des liquidités et autres formes d'assistance nécessaire à la réalisation de la liquidation régulière et la Chambre ne voit pas de raison de mettre en doute que Raytheon a pris ou était prête à prendre un tel engagement. Mais, en la matière, d'autres facteurs inspirent des doutes.

86. Premièrement, il était nécessaire au succès de ce plan que les grands créanciers (c'est-à-dire les banques) soient disposés à attendre le paiement de leurs créances jusqu'à ce que la vente des avoirs eût procuré des fonds pour les régler; cela s'appliquait non seulement aux sommes dues en capital, qui pouvaient ne pas être encore légalement exigibles à ce moment-là, mais aussi au paiement convenu des intérêts ou de tranches de capital. Bien qu'aucun renseignement précis n'ait été donné à la Chambre sur ce point, c'est là un aspect essentiel d'un tel plan de liquidation : il fallait demander aux créanciers de donner du temps à la société. Si l'ELSI avait cru pouvoir continuer à s'acquitter rapidement et régulièrement de toutes ses obligations, tout en cherchant un acquéreur pour ses avoirs, il n'y aurait pas eu besoin de négociations avec les créanciers, ni de calculs compliqués de répartition du produit de la vente dans des hypothèses diverses, comme il en a été présenté à la Chambre.

87. Deuxièmement, la direction n'était nullement certaine que le produit de la vente des avoirs serait suffisant pour payer tous les créanciers en totalité; d'ailleurs le fait que la « valeur de vente rapide » a été calculée fait penser qu'il y avait peut-être chez elle plus que de l'incertitude. Il fallait donc demander aux créanciers de patienter en contrepartie de l'assurance qui leur était donnée, non que 100 pour cent leur seraient payés, mais qu'au minimum 50 pour cent le leur seraient. Si, d'une façon générale, les créanciers ont peut-être intérêt à donner leur accord à une proposition de ce genre, cela ne signifie pas en l'espèce que l'ELSI pouvait compter sur un tel compromis. A la date de la réquisition, semble-t-il, les banques avaient bien été informées de la situation financière, mais elles n'avaient même pas encore été consultées sur le point de savoir si elles accepteraient 50 pour cent garantis (voir paragraphes 28 et 29 ci-dessus), de sorte que leur réaction reste du domaine des conjectures.

88. Il ne faut pas non plus ignorer que les ouvriers licenciés de l'ELSI étaient colloqués en tant que créanciers privilégiés pour les créances qu'ils pouvaient avoir au titre d'une indemnité de licenciement ou d'arriérés de salaire. A ce propos, l'Italie a signalé une loi régionale sicilienne du 13 mai 1968 prévoyant le versement

> « aux employés licenciés de la société Raytheon-Elsi de Palerme, pour les mois de mars, avril et mai 1968, d'une indemnité mensuelle extraordinaire égale au salaire mensuel qu'ils recevaient effectivement jusqu'à la fin du mois de février 1968 ».

On pourrait en déduire, a déclaré l'Italie, que l'ELSI n'a pas payé ses employés pour le mois de mars 1968. En outre, l'ancien président de l'ELSI a

Chairman of ELSI, when he appeared as a witness and was cross-examined, that the cash available at 31 March 1968 ("22 million in the kitty"), would have been insufficient to meet the payroll of the full staff even for the first week of April ("at least 25 million"). The suggestion that ELSI did not meet its March 1968 payroll was not put to the witness; and counsel for the United States later stated that the assertion that "ELSI could not make its March payroll", was "simply wrong". It is in any event certain that when the company ceased activity there were still severance payments due to the dismissed staff; those, the Applicant suggested, would have been covered by funds to be provided by Raytheon (paragraph 28 above). They could not have been met from the money still remaining in ELSI's coffers at the time.

89. Thirdly, the plan as formulated by ELSI's management involved a potential inequality among creditors: unless enough was realized to cover the liabilities fully, the major creditors were to be content with some 50 per cent of their claims; but the smaller creditors were still to be paid in full. Whether or not this would have been legally objectionable as a breach of the rule of *par condicio creditorum* (it appears that Raytheon contemplated accepting a smaller share in the eventual distribution so that the small creditors could receive 100 per cent without affecting the share attributed to the banks), it was an additional factor which might have caused a major creditor to hesitate to agree. According to the evidence, when in late March 1968 ELSI started using funds made available by Raytheon to pay off the small creditors in full, "the banks intervened and said that they did not want that to happen as that was showing preference". Once the banks adopted this attitude, the whole orderly liquidation plan was jeopardized, because a purpose of the settlement with small creditors was, according to the 1974 diplomatic claim, "to eliminate the risk that a small irresponsible creditor would take precipitous action which would raise formidable obstacles in the way of orderly liquidation".

90. Fourthly, the assets of the company had to be sold with the minimum delay and at the best price obtainable — desiderata which are often in practice irreconcilable. The United States has emphasized the damaging effect of the requisition on attempts to realize the assets; after the requisition it was no longer possible for prospective buyers to view the plant, nor to assure them that if they bought they would obtain immediate possession. It is however not at all certain that the company could have counted on unfettered access to its premises and plant, and the opportunity of showing it to buyers without disturbance, even if the requisition had not been made. There has been argument between the Parties on the question whether and to what extent the plant was occupied by employees of ELSI both before and after the requisition; but what is clear is that the company was expecting trouble at the plant when its closure plans became

reconnu, lorsqu'il a comparu comme témoin et qu'il s'est soumis à un contre-interrogatoire, que les liquidités disponibles au 31 mars 1968 (« 22 millions de lires en caisse ») n'auraient pas suffi à assurer la paie de tout le personnel même pour la première semaine d'avril (« au moins 25 millions » de lires). Le témoin n'a pas été interrogé sur le fait que l'ELSI n'aurait pas versé les salaires pour le mois de mars 1968; le conseil des Etats-Unis a déclaré par la suite qu'il était « tout simplement faux » d'affirmer que « l'ELSI ne pouvait pas payer les salaires de mars ». Il est de toute façon certain qu'au moment où la société a cessé son activité elle devait encore des indemnités de licenciement au personnel et, d'après le demandeur, ces paiements auraient été assurés par les fonds que Raytheon devait fournir (paragraphe 28 ci-dessus). Ils n'auraient pas pu l'être par les fonds qui restaient à ce moment-là dans les coffres de l'ELSI.

89. Troisièmement, le plan établi par la direction de l'ELSI impliquait une éventuelle inégalité entre créanciers : si le produit de la vente ne suffisait pas à acquitter les dettes en totalité, les grands créanciers devaient se contenter d'environ 50 pour cent de leurs créances, alors que les petits créanciers devaient quand même être désintéressés intégralement. Que cela ait ou non été contestable juridiquement au regard de la règle de l'égalité des créanciers (il semble que Raytheon envisageait d'accepter une part plus petite lors de la répartition finale des deniers, de façon que les petits créanciers puissent être désintéressés à 100 pour cent sans que cela porte atteinte à la part attribuée aux banques), c'était là un facteur de plus pour qu'un créancier important hésite à donner son accord. D'après les éléments de preuve, quand l'ELSI a commencé, à la fin de mars 1968, à utiliser les fonds mis à sa disposition par Raytheon pour désintéresser entièrement les petits créanciers, « les banques s'en sont mêlées et ont déclaré qu'elles n'en voulaient rien car cela témoignait d'un traitement de faveur ». Les banques ayant adopté cette attitude, tout le plan de liquidation était dès lors compromis puisque l'un des buts de l'arrangement avec les petits créanciers était, aux termes de la réclamation diplomatique de 1974, d'« écarter le risque qu'un petit créancier irresponsable prenne des mesures précipitées susceptibles de soulever des obstacles redoutables sur la voie d'une liquidation régulière ».

90. Quatrièmement, les avoirs de la société devaient être vendus dans un délai minimum et au meilleur prix possible, conditions qui sont souvent incompatibles en pratique. Les Etats-Unis ont souligné l'effet préjudiciable de la réquisition sur les tentatives de vente des avoirs; après la réquisition, les acquéreurs éventuels n'avaient plus la possibilité de visiter l'usine et l'on ne pouvait pas non plus leur garantir que, s'ils achetaient, ils entreraient en possession sur-le-champ. Il n'est cependant pas du tout certain que la société aurait pu compter sur un accès sans entrave à ses locaux et à son usine, ni sur la possibilité de les montrer sans ennui aux acquéreurs, s'il n'y avait pas eu de réquisition. Les Parties ont débattu la question de savoir si et dans quelle mesure l'usine a été occupée par les ouvriers de l'ELSI avant et après la réquisition; ce qui est clair, c'est que la société s'attendait à des désordres à l'usine quand ses plans de fermeture seraient

known: the books had been removed to Milan, according to the evidence given at the hearings, "so that if we did have problems we could at least control the books" and "we had moved quite a lot of inventory [to Milan] so that we could sell it from there if we had to".

91. Fifthly, there was the attitude of the Sicilian administration: the company was well aware that the administration was strongly opposed to a closure of the plant, or more specifically, to a dismissal of the workers. True, the measure used to try to prevent this — the requisition order — was found by the Prefect to have lacked the "juridical cause which might justify it and make it operative" (paragraph 75 above). But ELSI's management in March 1968 could not have been certain that the hostility of the local authorities to their plan of closure and dismissals would not take practical form in a legal manner. The company's management had been told before the staff dismissal letters were sent out that such dismissals would lead to a requisition of the plant.

92. All these factors point towards a conclusion that the feasibility at 31 March 1968 of a plan of orderly liquidation, an essential link in the chain of reasoning upon which the United States claim rests, has not been sufficiently established.

93. Finally there was, beside the practicalities, the position in Italian bankruptcy law. Article 5 of the Italian Bankruptcy Act of 1942 provides that

> "An entrepreneur who is in a state of insolvency shall be declared bankrupt.
>
> The state of insolvency, moreover, becomes apparent not only by default but also by other external acts which show that the debtor is no longer in a position regularly to discharge his obligations."
>
> *("L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito.*
>
> *Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.")*

This formula excludes a merely momentary or temporary disability, and refers to one which shows every sign of going on. "Regular" payment *("regolarmente")* apparently refers to payment in full at the due time. Given this definition it is apparent that ELSI could have been "insolvent" in the sense of Italian bankruptcy law, at the end of March, even though not actually in default. The Chamber has been given conflicting evidence on the question whether a debtor in such a position is bound under Italian law to go into bankruptcy, or whether he may still enter into voluntary composition with his creditors outside the supervision of the bankruptcy court (paragraph 25 above).

divulgués: les registres avaient été transportés à Milan «afin que nous puissions», comme l'a déclaré un témoin à l'audience, «au cas où nous aurions des problèmes, les avoir au moins sous la main»; à quoi ce témoin a ajouté: «nous avions tranféré toute une partie des stocks afin de pouvoir les vendre depuis Milan, au besoin».

91. Cinquièmement, il y avait l'attitude de l'administration sicilienne: la société savait bien que l'administration s'opposait énergiquement à la fermeture de l'usine ou, plus précisément, au licenciement des ouvriers. Certes, le préfet a jugé que la mesure utilisée pour essayer d'empêcher cette fermeture et ce licenciement — l'ordonnance de réquisition — était dépourvue de «cause juridique pouvant la justifier et la rendre opérante» (paragraphe 75 ci-dessus). Cependant la direction de l'ELSI, en mars 1968, ne pouvait être certaine que l'hostilité des autorités locales envers son plan de fermeture et de licenciement ne se concrétiserait pas d'une manière légale. Les dirigeants de la société avaient été prévenus que l'envoi des lettres de licenciement du personnel conduirait à la réquisition de l'usine.

92. Tous ces facteurs invitent à conclure que la possibilité d'exécuter un plan de liquidation régulière au 31 mars 1968, élément essentiel du raisonnement sur lequel les Etats-Unis fondent leur demande, n'a pas été suffisamment établie.

93. Il y avait enfin, en plus des possibilités matérielles, la situation au regard du droit italien de la faillite. L'article 5 de la loi italienne de 1942 sur la faillite dispose que

> «L'entrepreneur en état d'insolvabilité est déclaré en faillite.
>
> De plus, l'état d'insolvabilité ne se manifeste pas seulement par l'inexécution, mais aussi par d'autres faits extérieurs d'où résulte que le débiteur n'est plus en mesure de s'acquitter régulièrement de ses obligations.»
>
> *(«L'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito.*
>
> *Lo stato d'insolvenza si manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni.»)*

Cette formule exclut une inaptitude simplement momentanée ou temporaire; elle vise une inaptitude qui donne tous les signes d'être appelée à durer. La notion de paiement fait «régulièrement» *(«regolarmente»)* semble s'appliquer à un paiement intégral effectué au moment requis. Compte tenu de cette définition, il apparaît que l'ELSI aurait pu être «insolvable» au sens de la loi italienne sur la faillite à la fin de mars, même sans véritable inexécution. Des éléments de preuve contradictoires ont été soumis à la Chambre sur la question de savoir si un débiteur dans une telle situation est tenu, en droit italien, de demander sa mise en faillite ou s'il garde la faculté de conclure un compromis avec ses créanciers en dehors du contrôle du tribunal de faillite (paragraphe 25 ci-dessus).

94. If however ELSI was in a state of legal insolvency at 31 March 1968, and if, as contended by Italy, a state of insolvency entailed an obligation on the company to petition for its own bankruptcy, then the relevant rights of control and management would not have existed to be protected by the FCN Treaty. While not essential to the Chamber's conclusion, already stated in paragraph 92 above, an assessment of ELSI's solvency as a matter of Italian law is thus highly material.

95. Italy has argued that even before the requisition, ELSI was insolvent in the sense that its liabilities exceeded the value of its assets, and in support of this has pointed to, first, the "quick-sale value" calculated for the purposes of the liquidation plan, and secondly the observations of the auditors on the September 1967 balance sheet. The Chamber does not however consider that it has to conclude from this that ELSI was insolvent as early as 1967. The value of assets of this kind, until they are actually sold, must be a matter for assessment by informed opinion, and different views, and the use of different accounting conventions, may lead to different results. The company's management was clearly of the view that it could legally continue trading up to the end of March 1968, since its former Chairman has told the Chamber that the company's legal and financial advisers were keeping a close and continuous watch on the position to ensure that Italian legal requirements were respected. But there is no doubt that ELSI was indeed in a state of insolvency when on 25 April 1968 its Board of Directors voted to file a petition in bankruptcy. The conclusion then made that "The company's financial situation has worsened and has now reached a state of insolvency" was based, according to the minutes of the board meeting, on the fact that "There are payments on long-term loans that fell due a few days ago, and other payments which the company cannot make as a result of lack of liquidity . . ." In the bankruptcy petition, it was specified that "an instalment of Lit. 800,000,000 to Banca Nazionale del Lavoro became due on 18 April 1968 and the note therefor has been or will be protested, etc." In other words, the company had by then committed a default (*"inadempimento"*), by failing to meet its debts as they became due.

96. On this matter of insolvency in Italian law, consideration must also be given to the reasons employed by the Prefect of Palermo for his decision to annul the requisition order, and the findings of the Court of Palermo and the Court of Appeal of Palermo on the action brought by ELSI's trustee in bankruptcy, for damages following the decision of the Prefect annulling the requisition order. As indicated above (paragraph 75), the Prefect considered that the purpose of the requisition could not be achieved, since the company's activity could not be resumed. He explained that

> *"lo stato dell'azienda era tale, per circostanze di carattere economico-funzionale e di mercato, da non consentire la prosecuzione dell'atti-*

94. Si l'ELSI se trouvait juridiquement en état d'insolvabilité le 31 mars 1968 et si, comme le soutient l'Italie, l'état d'insolvabilité entraînait pour la société l'obligation de demander sa propre mise en faillite, il n'y aurait pas eu de droits de contrôle et de gestion à protéger par le traité de 1948. Bien que cela ne soit pas essentiel pour la conclusion de la Chambre déjà énoncée au paragraphe 92 ci-dessus, il est donc très important d'établir si l'ELSI était ou non solvable au regard du droit italien.

95. L'Italie a soutenu que, même avant la réquisition, l'ELSI était insolvable car ses dettes dépassaient la valeur de ses avoirs, ce qu'elle a étayé en mettant l'accent, premièrement, sur la « valeur de vente rapide » calculée aux fins du plan de liquidation et, deuxièmement, sur les observations que les auditeurs ont formulées au sujet du bilan établi en septembre 1967. Cependant la Chambre n'estime pas qu'elle doive en conclure que l'ELSI était insolvable en 1967 déjà. La valeur d'avoirs de cette nature, jusqu'à leur vente effective, appelle une appréciation par des personnes compétentes; divers points de vue, ainsi que l'emploi de systèmes comptables différents, peuvent aboutir à des résultats différents. La direction de la société était manifestement d'avis qu'elle pouvait légalement poursuivre ses activités commerciales jusqu'à la fin de mars 1968 puisque son ancien président a dit à la Chambre que ses conseillers juridiques et financiers suivaient la situation de près et sans relâche pour veiller au respect des exigences de la loi italienne. Mais il est hors de doute que l'ELSI était effectivement en état d'insolvabilité quand, le 25 avril 1968, son conseil d'administration a décidé, à l'issue d'un vote, de demander sa mise en faillite. Selon le procès-verbal de la séance du conseil d'administration, c'est sur le fait que « des remboursements d'acomptes sur des prêts à long terme, qui sont arrivés à échéance il y a quelques jours, et d'autres paiements, n'ont pu être faits par manque de liquidités... » qu'on s'est alors fondé pour conclure que « la situation financière de la société a empiré et a maintenant atteint l'état d'insolvabilité ». Dans la demande de mise en faillite, il est spécifié qu'« un remboursement de 800 millions de lires à la Banca Nazionale del Lavoro est venu à échéance le 18 avril 1968 et que l'effet correspondant a été ou sera protesté, etc. » En d'autres termes, il y avait eu alors inexécution *(« inadempimento »)* de la part de la société du fait qu'elle ne s'était pas acquittée de ses dettes à l'échéance.

96. A propos de cette question de l'insolvabilité en droit italien, il faut aussi prendre en considération les motifs dont le préfet de Palerme s'est servi pour rendre sa décision d'annuler l'ordonnance de réquisition ainsi que les décisions du tribunal de Palerme et de la cour d'appel de Palerme sur l'action en dommages et intérêts intentée par le syndic de faillite de l'ELSI après la décision du préfet d'annuler l'ordonnance de réquisition. Comme il est indiqué ci-dessus (paragraphe 75), le préfet a estimé que le but de la réquisition ne pouvait pas être atteint puisque la société ne pouvait pas reprendre son activité. Il a expliqué que

« lo stato dell'azienda era tale, per circostanze di carattere economico-funzionale e di mercato, da non consentire la prosecuzione dell'atti-

vità . . . La requisizione, quindi, nulla ha mutato nella situazione aziendale . . . La situazione di dissesto ha, anzi, determinato la dichiarazione di fallimento dell'azienda . . ."

("the situation of the company, due to functional-economic and market factors, was such as not to permit of the pursuance of its activity . . . The requisition consequently changed nothing in the situation of the company . . . On the contrary, the situation of insolvency determined the declaration of bankruptcy of the company . . .")

97. The Court of Palermo was faced with the argument, mentioned in paragraph 58 above, that "the requisition order caused an economic situation of such gravity that it immediately and directly triggered the bankruptcy of the company". It dealt with this by pointing to the situation of the company on the eve of the requisition:

"A 31 marzo 1968, in sostanza, lo stabilimento dell'Elsi non era più in fase produttiva, fermata per deliberazione dell'organo sociale competente che . . . aveva . . . opinato, non potendo trovare altro rimedio, per la soluzione più drastica, evidentemente reputandola più confacente agli interessi della società e che aveva come oggetto preciso l'arresto totale della produzione . . . Devesi a ciò aggiungere . . . che proprio dai primi dell'anno 1968 vi era stato un notevole peggioramento della situazione generale dell'azienda, che via via si andava aggravando per le sfavorevoli condizioni del mercato, avversata, altresì, dai fatti sismici del gennaio e da una serie di scioperi che, per l'appunto, nel mese di marzo ebbero a carattere ora di continuità ora di intermittenza, con la conseguenza della perdita di un considerevole numero di ore lavorative . . ."

("On March 31, 1968, the Elsi plant was for all practical purposes no longer in operation, stopped in accordance with a decision of the competent organ of the company which . . . had decided, in the absence of any other solution, to go for the most drastic solution, evidently considering it most conducive to the interests of the company, a solution which meant the total shutdown of production . . . To this must be added . . . that in the early part of 1968, there was a notable deterioration of the general situation of the company, which was further aggravated by unfavourable market conditions as well as the January earthquakes and a series of strikes which in March were sometimes continuous and sometimes intermittent, causing the loss of a considerable amount of production hours . . .")

From this the Court was able to conclude that

"Dalle condizioni premesse discende che l'aggancio del fallimento della società all'intervenuta requisizione non ha fondamento, siccome, esattamente, è stato sostenuto coll'amministrazione convenuta, essendo la situazione economica della Raytheon-Elsi già gravemente compromessa da anni per esplicito riconoscimento dei suoi stessi dirigenti."

vità... La requisizione, quindi, nulla ha mutato nella situazione aziendale... La situazione di dissesto ha, anzi, determinato la dichiarazione di fallimento dell'azienda...»

(«la situation de la société — pour des raisons économiques liées à son fonctionnement et à la commercialisation — était telle qu'elle ne lui permettait pas de poursuivre son activité... La réquisition n'a donc rien changé à la situation de la société... La situation d'insolvabilité a, au contraire, entraîné la déclaration de faillite de la société...»)

97. L'argument mentionné au paragraphe 58 ci-dessus, selon lequel «l'ordonnance de réquisition aurait provoqué une situation économique d'une telle gravité qu'elle aurait déclenché immédiatement et directement la faillite de la société», a été avancé devant le tribunal de Palerme, lequel a mis l'accent à ce propos sur la situation de la société à la veille de la réquisition:

«A 31 marzo 1968, in sostanza, lo stabilimento dell'Elsi non era più in fase produttiva, fermata per deliberazione dell'organo sociale competente che ... aveva ... opinato, non potendo trovare altro rimedio, per la soluzione più drastica, evidentemente reputandola più confacente agli interessi della società e che aveva come oggetto preciso l'arresto totale della produzione... Devesi a ciò aggiungere ... che proprio dai primi dell'anno 1968 vi era stato un notevole peggioramento della situazione generale dell'azienda, che via via si andava aggravando per le sfavorevoli condizioni del mercato, avversata, altresì, dai fatti sismici del gennaio e da una serie di scioperi che, per l'appunto, nel mese di marzo ebbero a carattere ora di continuità ora di intermittenza, con la conseguenza della perdita di un considerevole numero di ore lavorative...»

(«Le 31 mars 1968, l'usine de l'ELSI n'était pratiquement plus en service, à la suite d'une décision de l'organe compétent de la société, qui ... avait choisi, ne pouvant trouver d'autre remède, la solution la plus radicale, la considérant manifestement comme la plus favorable aux intérêts de la société, solution qui entraînait l'arrêt total de la production... Il faut ajouter à cela ... que dès le début de l'année 1968 il s'est produit une détérioration marquée de la situation générale de l'entreprise, qu'aggravaient encore l'état défavorable du marché, ainsi que le tremblement de terre de janvier et une série de grèves qui au mois de mars se déroulaient de façon tantôt continue, tantôt intermittente, entraînant la perte d'un nombre considérable d'heures de travail...»)

Le tribunal a conclu:

«Dalle condizioni premesse discende che l'aggancio del fallimento della società all'intervenuta requisizione non ha fondamento, siccome, esattamente, è stato sostenuto coll'amministrazione convenuta, essendo la situazione economica della Raytheon-Elsi già gravemente compromessa da anni per esplicito riconoscimento dei suoi stessi dirigenti.»

("It is clear from these conditions that the connection between the company's bankruptcy and the requisition is unfounded, as the defendant administration correctly maintained, since Raytheon-Elsi's economic situation had for years already been seriously compromised, as its own management explicitly admitted.")

The Court of Palermo did not however go so far as to state that ELSI was legally insolvent prior to the requisition.

98. However the Court of Appeal of Palermo, in its judgment, states that ELSI was insolvent before the requisition order was made. The salient passage on this point in the Court of Appeal's judgment states:

> *"per quanto riguarda i danni che si fanno consistere nell'avere la requisizione provocato il fallimento della società, la conclusione negativa del tribunale è ampiamente e convincentemente motivata e . . . le considerazioni critiche dell'appellante non valgono a provocare un convincimento diverso; . . . La circostanza certa della insolvenza della società in tempo immediatamente anteriore allo intervento del Sindaco . . . è sufficiente per escludere il collegamento causale fra il successivo provvedimento di requisizione e il fallimento della società, per il quale ultimo quello stato di insolvenza è causa determinante e sufficiente (Art. 5 legge fallim.)."*
>
> ("as regards the damages consisting in the fact that the order triggered the company's bankruptcy, the negative conclusion arrived at by the court below is amply and convincingly motivated and the critical considerations of the appellant are not sufficient to lead to a different determination . . . The certain circumstance that the company was insolvent during the time immediately prior to the Mayor's intervention . . . is sufficient to rule out any causal link between the subsequent requisition order and the company's bankruptcy of which the company's state of insolvency was the decisive and sufficient cause (Art. 5, Bankruptcy Law).")

The Court of Appeal also refers to the "prior insolvency" *("precedente insolvenza")* of the company, and to "the decisive effect of the state of insolvency" *("la efficacia determinante dello stato di insolvenza")*.

99. Whether these findings by the municipal courts are to be regarded as determinations as a matter of Italian law that ELSI had been insolvent, within the meaning of the relevant legislative provisions, on 31 March 1968, or whether they are no more than findings that the financial position of ELSI on that date was so desperate that it was past saving, so that it was not the requisition which "caused an economic situation of such gravity that it immediately and directly triggered the bankruptcy of the company" makes no difference to the conclusion to be drawn. If ELSI was legally insolvent, then even if the liquidation plan could in fact have been implemented with co-operation from the creditors, the stockholders no longer had rights of control and management to be protected by the FCN Treaty. If, as the Prefect of Palermo stated, and the courts of Palermo certainly thought, the factual situation at least was such that the requisition

(« Cette situation montre qu'on n'est pas fondé à voir un lien entre la faillite de la société et la réquisition, comme l'a soutenu à juste titre l'administration défenderesse, car la situation économique de Raytheon-Elsi était déjà gravement compromise depuis des années ainsi que l'ont explicitement reconnu ses propres dirigeants. »)

Le tribunal de Palerme n'est pourtant pas allé jusqu'à déclarer qu'au regard de la loi l'ELSI se trouvait en état d'insolvabilité avant la réquisition.

98. En revanche, dans son arrêt, la cour d'appel de Palerme déclare que l'ELSI était en état d'insolvabilité avant l'ordonnance de réquisition. Sur ce chapitre, le passage essentiel de l'arrêt de la cour d'appel est le suivant :

« per quanto riguarda i danni che si fanno consistere nell'avere la requisizione provocato il fallimento della società, la conclusione negativa del tribunale è ampiamente e convincentemente motivata e ... le considerazioni critiche dell'appellante non valgono a provocare un convincimento diverso; ... La circostanza certa della insolvenza della società in tempo immediatamente anteriore allo intervento del Sindaco ... è sufficiente per escludere il collegamento causale fra il successivo provvedimento di requisizione e il fallimento della società, per il quale ultimo quello stato di insolvenza è causa determinante e sufficiente (art. 5 legge fallim.). »

(« en ce qui concerne le dommage consistant dans le fait que l'ordonnance a provoqué la faillite de la société, la conclusion négative à laquelle est parvenu le tribunal est amplement motivée de façon convaincante et les critiques de l'appelant ne sauraient convaincre du contraire... Le fait certain que la société était insolvable durant la période précédant immédiatement l'intervention du maire ... suffit à exclure l'existence d'un lien de causalité entre l'ordonnance ultérieure de réquisition et la faillite de la société, faillite dont l'état d'insolvabilité de la société a été la cause déterminante et suffisante (article 5 de la loi sur la faillite). »)

La cour d'appel mentionne aussi l'« insolvabilité antérieure » *(« precedente insolvenza »)* de la société, ainsi que « l'effet déterminant de l'état d'insolvabilité » *(« la efficacia determinante dello stato di insolvenza »).*

99. Que ces décisions des juridictions locales doivent être considérées comme établissant qu'en droit italien l'ELSI était insolvable, au sens des dispositions législatives applicables, le 31 mars 1968, ou qu'elles constatent simplement qu'à cette date la situation financière de l'ELSI était si désespérée qu'elle était sans salut, si bien que ce n'est pas la réquisition qui a « provoqué une situation économique d'une telle gravité qu'elle [a] déclenché immédiatement et directement la faillite de la société », cela ne change rien à la conclusion que l'on doit tirer. Si l'ELSI était juridiquement insolvable, quand bien même le plan de liquidation aurait pu être effectivement exécuté avec la coopération des créanciers, les actionnaires ne possédaient plus de droits de contrôle et de gestion à protéger par le traité de 1948. Si, comme le préfet de Palerme l'a déclaré et comme les juridictions de Palerme l'ont assurément pensé, la situation était telle, au

changed nothing, then the United States has failed to prove that there was any interference with control and management in any real sense. The Chamber has no need to go into the question of the extent to which it could or should question the validity of a finding of Italian law, the law governing the matter, by the appropriate Italian courts. It is sufficient to note that the conclusion above, that the feasibility of an orderly liquidation plan is not sufficiently established, is reinforced by reference to the decision of the courts of Palermo on the claim by the trustee in bankruptcy for damages for the injury caused by the requisition. Whether regarded as findings of Italian law or as findings of fact, the decisions of the courts of Palermo simply constitute additional evidence of the situation which the Chamber has to assess.

100. It is important, in the consideration of so much detail, not to get the matter out of perspective: given an under-capitalized, consistently loss-making company, crippled by the need to service large loans, which company its stockholders had themselves decided not to finance further but to close and sell off because, as they were anxious to make clear to everybody concerned, the money was running out fast, it cannot be a matter of surprise if, several days after the date at which the management itself had predicted that the money would run out, the company should be considered to have been actually or virtually in a state of insolvency for the purposes of Italian bankruptcy law.

101. If, therefore, the management of ELSI, at the material time, had no practical possibility of carrying out successfully a scheme of orderly liquidation under its own management, and may indeed already have forfeited any right to do so under Italian law, it cannot be said that it was the requisition that deprived it of this faculty of control and management. Furthermore, one feature of ELSI's position stands out: the uncertain and speculative character of the causal connection, on which the Applicant's case relies, between the requisition and the results attributed to it by the Applicant. There were several causes acting together that led to the disaster to ELSI. No doubt the effects of the requisition might have been one of the factors involved. But the underlying cause was ELSI's headlong course towards insolvency; which state of affairs it seems to have attained even prior to the requisition. There was the warning loudly proclaimed about its precarious position; there was the socially damaging decision to terminate the business, close the plant, and dismiss the workforce; there was the position of the banks as major creditors. In short, the possibility of that solution of orderly liquidation, which Raytheon and Machlett claim to have been deprived of as a result of the requisition, is purely a matter of speculation. The Chamber is therefore unable to see here anything which can be said to amount to a violation by Italy of Article III, paragraph 2, of the FCN Treaty.

* *

moins sur le plan des faits, que la réquisition n'a rien changé, les Etats-Unis n'ont pas réussi à prouver l'existence d'une quelconque ingérence effective dans le contrôle et la gestion. La Chambre n'a pas à rechercher dans quelle mesure elle pourrait ou devrait mettre en cause la validité de ce que les tribunaux italiens appropriés ont décidé selon la loi italienne, celle qui régit la matière. Il suffit de remarquer que ce qu'ont décidé les juges de Palerme au sujet des dommages et intérêts réclamés par le syndic de faillite pour le préjudice causé par la réquisition est étayé par la conclusion dégagée plus haut, à savoir que la possibilité d'exécuter un plan de liquidation régulière n'est pas suffisamment établie. Qu'elles soient considérées comme relevant du droit italien ou des faits, les décisions des tribunaux de Palerme ne constituent qu'une preuve supplémentaire de la situation que la Chambre doit apprécier.

100. Il importe, lorsqu'on examine de tels détails, de ne pas perdre de vue la situation générale : si une entreprise dont le capital est insuffisant fait constamment des pertes, qu'elle est gênée par la nécessité de payer les intérêts de prêts importants et que ses actionnaires ont eux-mêmes décidé de ne pas la financer davantage, préférant fermer et vendre, car l'argent s'épuise vite, ainsi qu'ils ont tenu à le faire comprendre à tous les intéressés, on ne peut s'étonner que cette entreprise, quelques jours après la date à laquelle sa direction même a prédit qu'elle serait à court d'argent, soit considérée comme effectivement ou virtuellement en état d'insolvabilité aux fins de la loi italienne sur la faillite.

101. En conséquence, si les dirigeants de l'ELSI n'avaient pas, au moment déterminant, la possibilité matérielle de mener à bien un projet de liquidation régulière sous leur propre gestion et s'ils avaient peut-être même déjà perdu le droit de le faire sur la base des lois italiennes, on ne peut pas dire que la réquisition les ait privés de cette faculté de contrôle et de gestion. De plus, un aspect de la situation de l'ELSI se dégage spécialement : le caractère incertain et spéculatif de ce qui constitue le fondement de l'argumentation du demandeur, à savoir le lien de causalité entre la réquisition et les effets que le demandeur lui attribue. Plusieurs facteurs ont concouru au désastre de l'ELSI. La réquisition a sans doute eu des effets qui peuvent avoir constitué un de ces facteurs. Mais la cause profonde réside dans le fait que l'ELSI courait droit à l'état d'insolvabilité, état qu'elle semble avoir atteint avant même la réquisition. Il y avait la mise en garde clairement exprimée au sujet de la précarité de sa situation ; il y avait la décision socialement préjudiciable de mettre fin aux activités, de fermer l'usine et de licencier la main-d'œuvre ; il y avait enfin l'attitude des banques en tant que créanciers principaux. Bref, la réalisation de cette solution de liquidation régulière, dont Raytheon et Machlett prétendent avoir été privées du fait de la réquisition, est de l'ordre des pures spéculations. La Chambre ne peut en conséquence rien discerner ici qui puisse équivaloir à une violation par l'Italie du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1948.

* *

102. There are two claims of the Applicant that are based upon the provisions of Article V of the FCN Treaty: one relates to paragraphs 1 and 3, and is concerned with protection and security of nationals and their property; another relates to paragraph 2, and is concerned with the taking or expropriation of property. No claim is based upon paragraph 4 of Article V. The Applicant's claim under paragraphs 1 and 3 will be dealt with first.

103. Paragraph 1 of Article V provides as follows:

> "1. The nationals of each High Contracting Party shall receive, within the territories of the other High Contracting Party, the most constant protection and security for their persons and property, and shall enjoy in this respect the full protection and security required by international law. To these ends, persons accused of crime shall be brought to trial promptly, and shall enjoy all the rights and privileges which are or may hereafter be accorded by the applicable laws and regulations; and nationals of either High Contracting Party, while within the custody of the authorities of the other High Contracting Party, shall receive reasonable and humane treatment. In so far as the term 'nationals' where used in this paragraph is applicable in relation to property it shall be construed to include corporations and associations."

Paragraph 2 of this Article is not relevant here, but is set out in paragraph 113 of this Judgment. Paragraph 3 provides as follows:

> "3. The nationals, corporations and associations of either High Contracting Party shall within the territories of the other High Contracting Party receive protection and security with respect to the matters enumerated in paragraphs 1 and 2 of this Article, upon compliance with the applicable laws and regulations, no less than the protection and security which is or may hereafter be accorded to the nationals, corporations and associations of such other High Contracting Party and no less than that which is or may hereafter be accorded to the nationals, corporations and associations of any third country. Moreover, in all matters relating to the taking of privately owned enterprises into public ownership and the placing of such enterprises under public control, enterprises in which nationals, corporations and associations of either High Contracting Party have a substantial interest shall be accorded, within the territories of the other High Contracting Party, treatment no less favorable than that which is or may hereafter be accorded to similar enterprises in which nationals, corporations and associations of such other High Contracting Party have a substantial interest, and no less favorable than that which is or may hereafter be accorded to similar enterprises in which nationals, corporations and associations of any third country have a substantial interest."

102. Deux moyens du demandeur sont fondés sur des dispositions de l'article V du traité de 1948: le premier, relatif aux paragraphes 1 et 3, vise la protection et la sécurité des ressortissants et de leurs biens; l'autre a trait au paragraphe 2 et concerne la privation de biens, ou expropriation. Aucun moyen n'a été tiré du paragraphe 4 de l'article V. Celui qui est tiré des paragraphes 1 et 3 sera examiné en premier.

103. Le paragraphe 1 de l'article V dispose ce qui suit:

> «1. Les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficieront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, de la protection et de la sécurité les plus constantes pour leurs personnes et leurs biens, et ils jouiront entièrement, à cet égard, de la protection et de la sécurité exigées par le droit international. A cet effet, les personnes inculpées d'infraction pénale seront sans délai traduites en justice et jouiront de tous les droits et privilèges qui sont ou seront accordés par les lois et règlements applicables; les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes seront traités d'une manière équitable et humaine lorsqu'ils seront détenus par les autorités de l'autre Haute Partie contractante. Dans la mesure où le terme «ressortissants» est employé dans le présent paragraphe lorsqu'il s'agit de biens, il sera interprété comme désignant également les sociétés et les associations.»

Le paragraphe 2 n'entre pas en considération ici; son texte est reproduit au paragraphe 113 du présent arrêt. Le paragraphe 3 dispose ce qui suit:

> «3. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes qui se conforment aux lois et règlements en vigueur auront droit, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, à protection et à sécurité en ce qui concerne les questions mentionnées aux paragraphes 1 et 2 du présent article; cette protection et cette sécurité ne devront pas être inférieures à celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations de l'autre Haute Partie contractante ni à celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations d'un pays tiers. En outre, en ce qui concerne les questions relatives à la nationalisation des entreprises privées et au passage de ces entreprises sous le contrôle public, les entreprises dans lesquelles des ressortissants, sociétés et associations de l'une des Parties contractantes ont un intérêt important jouiront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé à des entreprises similaires dans lesquelles des ressortissants, des sociétés et des associations de cette autre Haute Partie contractante ont un intérêt important, et non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux entreprises similaires dans lesquelles des ressortissants, des sociétés et des associations de tout autre pays tiers ont un intérêt important.»

104. Paragraph 1 thus provides for "the most constant protection and security" for nationals of each High Contracting Party, both "for their persons and property"; and also that, in relation to property, the term "nationals" shall be construed to "include corporations and associations"; and in defining the nature of the protection, the required standard is established by a reference to "the full protection and security required by international law". Paragraph 3 elaborates this notion of protection and security further, by requiring no less than the standard accorded to the nationals, corporations and associations of the other High Contracting Party; and no less than that accorded to the nationals, corporations and associations of any third country. There are, accordingly, three different standards of protection, all of which have to be satisfied.

105. A breach of these provisions is seen by the Applicant to have been committed when the Respondent "allowed ELSI workers to occupy the plant" (see paragraph 65 above). It is the contention of the United States that once the plant had been requisitioned, ELSI's employees began an occupation of the premises which continued, so far as the United States was aware, up to the re-opening of the plant by ELTEL; and that this occupation had the tacit approval of local authorities, who made no effort to prevent or to end it, or otherwise to protect the premises. To this occupation the United States attributes as injurious consequences, first a deterioration of the plant and related material and equipment, and secondly that it impeded the efforts of the trustee in bankruptcy to dispose of the plant.

106. Italy has objected that Article V, paragraphs 1 and 3, guarantees the protection and security of property belonging to United States companies in Italy, but the plant in Palermo which, according to the United States, should have been protected under the FCN Treaty belonged to the Italian company ELSI. The United States replies that the "property of Raytheon and Machlett in Italy" was ELSI itself, and Italy was obligated to protect the entire entity of ELSI from the deleterious effects of the requisition. While there may be doubts whether the word "property" in Article V, paragraph 1, extends, in the case of shareholders, beyond the shares themselves, to the company or its assets, the Chamber will nevertheless examine the matter on the basis argued by the United States that the "property" to be protected under this provision of the FCN Treaty was not the plant and equipment the subject of the requisition, but the entity of ELSI itself.

107. That there was some occupation of the plant by the workers after the requisition is something that Italy has not sought to deny, and the Court of Appeal of Palermo referred in passing to the circumstance of the requisitioning authority having tolerated the "unlawful" act of occupation of the plant by the workers (*"la autorità requirente avesse tollerato l'illecito penale di una occupazione dei reparti di lavorazione da parte delle maestranze"*). It appears, nevertheless, to have been a peaceful occupation, as may be learned from ELSI's own administrative appeal of 19 April 1968 to

104. Le paragraphe 1 dispose donc que les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficieront « de la protection et de la sécurité les plus constantes pour leurs personnes et leurs biens » et que, lorsqu'il s'agit de biens, le terme « ressortissants » sera interprété comme « désignant également les sociétés et les associations » ; pour définir la nature de cette protection, on a fixé la norme requise en stipulant que les intéressés jouiront « entièrement ... de la protection et de la sécurité exigées par le droit international ». Le paragraphe 3 développe encore la notion de protection et de sécurité en exigeant qu'elles ne soient inférieures ni à celles accordées aux ressortissants, sociétés et associations de l'autre Haute Partie contractante ni à celles accordées aux ressortissants, sociétés et associations de tout autre pays tiers. En conséquence, il existe trois normes différentes de protection, qui doivent toutes être observées.

105. Le demandeur considère qu'une violation de ces dispositions a été commise lorsque le défendeur a « permis aux ouvriers de l'ELSI d'occuper l'usine » (voir paragraphe 65 ci-dessus). Les Etats-Unis font valoir que, une fois l'usine réquisitionnée, les salariés de l'ELSI ont occupé les lieux et qu'à leur connaissance cette occupation s'est poursuivie jusqu'à la réouverture de l'usine par l'ELTEL et qu'elle avait reçu l'approbation tacite des autorités locales, lesquelles n'ont fait aucun effort pour la prévenir ou y mettre fin, ou pour protéger les locaux d'une autre manière. Les Etats-Unis attribuent deux effets dommageables à cette occupation : elle aurait premièrement causé une détérioration de l'usine ainsi que du matériel et de l'outillage s'y rattachant et deuxièmement entravé les efforts du syndic de faillite en vue de céder l'usine.

106. L'Italie a objecté que les paragraphes 1 et 3 de l'article V garantissent la protection et la sécurité des biens de sociétés américaines en Italie, mais que l'usine de Palerme qui, selon les Etats-Unis, aurait dû être protégée en vertu du traité de 1948 appartenait à une société italienne, l'ELSI. Les Etats-Unis ont rétorqué que l'ELSI elle-même constituait « les biens de Raytheon et Machlett en Italie » et que l'Italie était tenue de protéger l'entité formée par l'ELSI tout entière contre les effets préjudiciables de la réquisition. Bien qu'il soit douteux que, lorsqu'il s'agit d'actionnaires, le mot « biens » figurant au paragraphe 1 de l'article V s'étende, au-delà des actions elles-mêmes, à la société ou à ses avoirs, la Chambre examinera la question en se fondant sur l'argumentation des Etats-Unis selon laquelle les « biens » à protéger au sens de cette disposition du traité de 1948 n'étaient pas l'usine et l'équipement, lesquels étaient l'objet de la réquisition, mais l'entité formée par l'ELSI elle-même.

107. Qu'il y a eu, dans une certaine mesure, occupation de l'usine par les ouvriers après la réquisition, l'Italie n'a pas cherché à le nier ; la cour d'appel de Palerme a mentionné incidemment le fait que l'autorité qui avait réquisitionné avait toléré l'acte « illicite » d'occupation de l'usine par les ouvriers *(« la autorità requirente avesse tollerato l'illecito penale di una occupazione dei reparti di lavorazione da parte delle maestranze »)*. Toutefois il semble qu'il se soit agi d'une occupation pacifique, comme il ressort du recours administratif contre la réquisition, adressé par l'ELSI elle-

the Prefect against the requisition, and the affidavits of the Mayor of Palermo and one of his officials (see paragraph 33 above). It is difficult to accept that the occupation seriously harmed the interests of ELSI in view of the evidence produced by Italy that measures taken by the Mayor of Palermo for the temporary management of the plant permitted the continuation and completion of work in progress in the months following the requisition. The United States has asserted that the continued production was very limited, and cannot be equated with resumption of full production in the plant, and continues to contend that the plant and machinery fell into disuse following the requisition and deteriorated rapidly in value. The Court of Palermo however found itself unable to establish that any damage to the plant had been caused by the occupying workers.

108. The reference in Article V to the provision of "constant protection and security" cannot be construed as the giving of a warranty that property shall never in any circumstances be occupied or disturbed. The dismissal of some 800 workers could not reasonably be expected to pass without some protest. Indeed, the management of ELSI seems to have been very much aware that the closure of the plant and dismissal of the workforce could not be expected to pass without disturbance; as is apparent from the removal of the company's books and "quite a lot of inventory" to Milan (paragraph 17 above). In any event, considering that it is not established that any deterioration in the plant and machinery was due to the presence of the workers, and that the authorities were able not merely to protect the plant but even in some measure to continue production, the protection provided by the authorities could not be regarded as falling below "the full protection and security required by international law"; or indeed as less than the national or third-State standards. The mere fact that the occupation was referred to by the Court of Appeal of Palermo as unlawful does not, in the Chamber's view, necessarily mean that the protection afforded fell short of the national standard to which the FCN Treaty refers. The essential question is whether the local law, either in its terms or its application, has treated United States nationals less well than Italian nationals. This, in the opinion of the Chamber, has not been shown. The Chamber must, therefore, reject the charge of any violation of Article V, paragraphs 1 and 3.

*

109. The Applicant sees a further breach of Article V, paragraphs 1 and 3, of the FCN Treaty, in the time taken — 16 months — before the Prefect ruled on ELSI's administrative appeal against the Mayor's requi-

même au préfet le 19 avril 1968, ainsi que de la déclaration sous serment du maire de Palerme et de celle d'un de ses collaborateurs (voir paragraphe 33 ci-dessus). Il est difficile d'admettre que l'occupation ait sérieusement porté atteinte aux intérêts de l'ELSI, compte tenu des éléments de preuve produits par l'Italie, selon lesquels les dispositions prises par le maire de Palerme pour la gestion temporaire de l'usine ont permis la poursuite et l'achèvement des activités en cours dans les mois qui ont suivi la réquisition. Les Etats-Unis ont fait valoir que la poursuite de la production avait été très limitée et qu'elle ne pouvait être assimilée à une reprise totale de la production de l'usine ; ils ont persisté à soutenir qu'à la suite de la réquisition l'usine et les machines étaient restées inutilisées et avaient rapidement perdu de leur valeur. Mais le tribunal de Palerme n'a pas estimé pouvoir établir qu'un dommage quelconque ait été causé à l'usine par l'occupation des ouvriers.

108. Il n'est pas possible de voir dans l'octroi « de la protection et de la sécurité ... constantes » prévu à l'article V la garantie qu'un bien ne sera jamais, en quelque circonstance que ce soit, l'objet d'une occupation ou de troubles de jouissance. On ne pouvait pas raisonnablement s'attendre à ce que le licenciement de quelque huit cents salariés passe sans protestations. D'ailleurs, la direction de l'ELSI semble avoir été très consciente du fait qu'on ne pouvait pas s'attendre à ce que la fermeture de l'usine et le licenciement de la main-d'œuvre s'effectuent sans troubles, comme l'atteste le transfert à Milan des livres et de « toute une partie des stocks » de la société (voir paragraphe 17 ci-dessus). En tout état de cause, vu qu'il n'est pas établi qu'une détérioration quelconque de l'usine et de ses machines ait été due à la présence des ouvriers et que les autorités ont pu non seulement protéger l'usine mais même poursuivre la production dans une certaine mesure, la protection assurée par elles ne pouvait pas être considérée comme étant tombée au-dessous du niveau requis pour que les intéressés jouissent « entièrement ... de la protection et de la sécurité exigées par le droit international », ni surtout comme étant inférieure à la protection accordée aux nationaux ou aux ressortissants de pays tiers. De l'avis de la Chambre, le simple fait que l'occupation a été qualifiée d'illégitime par la cour d'appel de Palerme ne veut pas dire nécessairement que la protection accordée ait été inférieure à la norme nationale à laquelle se réfère le traité de 1948. Ce qu'il est essentiel d'établir, c'est si des ressortissants des Etats-Unis ont été traités moins bien que des ressortissants italiens par le droit interne, dans ses termes ou dans son application. De l'avis de la Chambre, cela n'a pas été établi. La Chambre doit en conséquence rejeter le moyen fondé sur une violation des paragraphes 1 et 3 de l'article V.

*

109. Le demandeur voit une autre violation des paragraphes 1 et 3 de l'article V du traité de 1948 dans le délai de seize mois qui s'est écoulé avant que le préfet ne statue sur le recours administratif exercé par l'ELSI

sition order, or, to cite the words of counsel for the Applicant (paragraph 65 above),

> "the Respondent violated its obligations when it unreasonably delayed ruling on the lawfulness of the requisition for 16 months until immediately after the ELSI plant, equipment and work-in-process had all been acquired by ELTEL".

The time taken by the Prefect was undoubtedly long; and the Chamber was not entirely convinced by the Respondent's suggestion that such lengthy delays by Prefects were quite usual. Yet it must be remembered that the requisition in fact lapsed after six months and that Italian law did provide a safeguard against delays by the Prefect. It was possible after 120 days from the filing of the appeal to serve on the Prefect a request requiring him to render a decision within 60 days (paragraph 41 above). Raytheon and Machlett were never in a position to take advantage of this procedure, because by the time the 120 days had elapsed the trustee in bankruptcy was in control of the company; on the other hand, the trustee in bankruptcy did employ this procedure, and the Prefect shortly afterwards gave his decision on the appeal.

110. Counsel for the Applicant has referred to this delay as "a denial of the level of procedural justice accorded by international law". Its claim in this respect is however not founded on the rules of customary international law concerning denial of justice, nor on the text of the FCN Treaty (Article V, paragraph 4) which provides for access to justice. The relevance of the delay of the Prefect's ruling has been expressed in two ways. First, it is said, had there been a speedy decision by the Prefect, the bankruptcy of ELSI could have been avoided; the Chamber is unable to accept this argument, for the reasons already explained in connection with the claim under Article III, paragraph 2, of the FCN Treaty. Secondly, it is contended that once the requisition occurred, the Respondent had an obligation to protect ELSI from its deleterious effects, and one of the ways in which it fell short of this obligation was by failing to provide an adequate method of overturning the requisition.

111. The primary standard laid down by Article V is "the full protection and security required by international law", in short the "protection and security" must conform to the minimum international standard. As noted above, this is supplemented by the criteria of national treatment and most-favoured-nation treatment. The Chamber is here called upon to apply the provisions of a treaty which sets standards — in addition to the reference to general international law — which may go further in protecting nationals of the High Contracting Parties than general international law requires; but the United States has not — save in one respect — suggested that these requirements do in this respect set higher standards than the international standard. It must be doubted whether in all the circumstances, the delay in the Prefect's ruling in this case can be regarded as falling below that standard. Certainly, the Applicant's use

contre l'ordonnance de réquisition du maire; selon les propres termes du conseil du demandeur (paragraphe 65 ci-dessus),

> « le défendeur a violé ses obligations en s'abstenant, pendant un délai déraisonnable de seize mois, de statuer sur la « légitimité » de la réquisition et en ne le faisant qu'immédiatement après que l'usine, le matériel et l'en-cours de l'ELSI eurent été achetés par l'ELTEL ».

Le temps pris par le préfet pour statuer a sans aucun doute été long et la Chambre n'a pas été entièrement convaincue lorsque le défendeur a laissé entendre que des délais aussi longs de la part des préfets étaient tout à fait courants. Mais il faut rappeler que la réquisition a en fait pris fin au bout de six mois et que le droit italien prévoyait une garantie contre les retards du préfet. Il était possible, cent vingt jours après l'introduction du recours, de présenter au préfet une requête pour qu'il prenne une décision dans les soixante jours (paragraphe 41 ci-dessus). Raytheon et Machlett n'ont jamais pu bénéficier de cette procédure, car, au moment où le délai de cent vingt jours est arrivé à échéance, le syndic de faillite avait pris le contrôle de la société; en revanche, le syndic de faillite a recouru à cette procédure et, peu après, le préfet a rendu sa décision sur le recours.

110. Le conseil du demandeur a dit que ce retard avait constitué « un déni du niveau de justice procédurale accordé par le droit international ». Le grief qu'il a formulé à ce sujet n'est cependant pas fondé sur les règles du droit international coutumier relatives au déni de justice, ni sur le texte du traité de 1948 (paragraphe 4 de l'article V), qui prévoit l'accès à la justice. L'importance du retard avec lequel le préfet a pris sa décision a été exposée de deux manières. Premièrement, a-t-il été soutenu, si le préfet avait rendu sa décision rapidement, la faillite de l'ELSI aurait pu être évitée. La Chambre ne peut pas accepter cette thèse pour les motifs déjà indiqués à propos du moyen tiré du paragraphe 2 de l'article III du traité de 1948. Deuxièmement, a-t-il été soutenu, une fois la réquisition opérée, le défendeur était tenu de protéger l'ELSI contre les effets préjudiciables qu'elle pouvait avoir, l'une des manières dont il ne s'était pas acquitté de cette obligation tenant au fait qu'il n'avait pas prévu de voie adéquate de révocation de la réquisition.

111. La principale norme établie à l'article V est celle qui prévoit que les intéressés jouiront « entièrement ... de la protection et de la sécurité exigées par le droit international », autrement dit que la « protection et ... la sécurité » doivent être conformes à la norme internationale minimale. Comme la Chambre l'a relevé plus haut, à cela s'ajoutent les normes du traitement national et du traitement de la nation la plus favorisée. La Chambre est requise en l'espèce d'appliquer les dispositions d'un traité qui, tout en se référant au droit international général, établit des normes pouvant assurer une protection plus étendue aux ressortissants des Hautes Parties contractantes que ce qu'exige le droit international général; mais les Etats-Unis n'ont pas laissé entendre — sauf sur un point — que ces exigences établissent à cet égard des normes supérieures à la norme internationale. Il est douteux que, compte tenu de tout cela, le délai avec lequel

of so serious a charge as to call it a "denial of procedural justice" might be thought exaggerated.

112. The United States has also alleged that the delay in ELSI's case was far in excess of the delay experienced in prior suits involving companies owned by Italian nationals, and that it therefore constituted a failure to accord a national standard of protection. As already stated, the Chamber was not entirely convinced by the contention that such a lengthy delay was quite usual (paragraph 109 above); nevertheless, it is not satisfied that a "national standard" of more rapid determination of administrative appeals has been shown to have existed. The Chamber is therefore unable to see in this delay a violation of paragraphs 1 and 3 of Article V of the FCN Treaty.

* *

113. The Chamber now turns to the United States claim based on Article V, paragraph 2, of the FCN Treaty, which provides as follows:

> "2. The property of nationals, corporations and associations of either High Contracting Party shall not be taken within the territories of the other High Contracting Party without due process of law and without the prompt payment of just and effective compensation. The recipient of such compensation shall, in conformity with such applicable laws and regulations as are not inconsistent with paragraph 3 of Article XVII of this Treaty, be permitted without interference to withdraw the compensation by obtaining foreign exchange, in the currency of the High Contracting Party of which such recipient is a national, corporation or association, upon the most favorable terms applicable to such currency at the time of the taking of the property, and exempt from any transfer or remittance tax, provided application for such exchange is made within one year after receipt of the compensation to which it relates."

This is a most important paragraph, of a kind that is central to many investment treaties. Where the English version begins by providing that

> "The property of nationals, corporations and associations of either High Contracting Party shall not be taken within the territories of the other High Contracting Party without due process of law and without the prompt payment of just and effective compensation",

le préfet a rendu sa décision en l'occurrence puisse être considéré comme ne satisfaisant pas à cette norme. Il est certain que la formulation par le demandeur d'une accusation si grave qu'il la qualifie de « déni de justice procédurale » pourrait être regardée comme exagérée.

112. Les Etats-Unis ont aussi allégué que le retard constaté dans le cas de l'ELSI dépassait de beaucoup les retards qui avaient pu se produire dans des procès concernant des sociétés appartenant à des ressortissants italiens et qu'il constituait par conséquent un manquement à l'obligation d'accorder une protection conforme à la norme nationale. Comme elle l'a déjà dit, la Chambre n'a pas été entièrement convaincue par l'argument selon lequel un délai aussi long était tout à fait courant (paragraphe 109 ci-dessus); mais elle n'est pas non plus convaincue que l'existence d'une « norme nationale » prévoyant qu'il doit être statué plus rapidement sur les recours administratifs ait été démontrée. La Chambre ne peut donc pas voir dans ce retard une violation des paragraphes 1 et 3 de l'article V du traité de 1948.

* *

113. La Chambre passe maintenant à l'examen du moyen des Etats-Unis tiré du paragraphe 2 de l'article V du traité de 1948, qui dispose ce qui suit :

> « 2. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes ne pourront être privés de leurs biens dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante qu'après une procédure conforme au droit et moyennant le paiement rapide d'une indemnité réelle et équitable. Le bénéficiaire d'une telle indemnité pourra, en conformité des lois et règlements applicables qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du paragraphe 3 de l'article XVII du présent traité, retirer le montant de cette indemnité en toute liberté en obtenant des devises dans la monnaie de la Haute Partie contractante dont relève le ressortissant, la société ou l'association bénéficiaire, aux conditions les plus favorables applicables à ladite monnaie au moment où les biens ont été expropriés, et il sera exonéré de tous droits sur les transferts ou envois de fonds, à condition que la demande de devises soit introduite dans le délai d'un an après l'octroi de l'indemnité à laquelle se rapporte ladite demande. »

Ce paragraphe, qui est semblable à d'autres paragraphes qui sont au cœur de nombreux traités relatifs aux investissements, est très important. Dans sa version anglaise, il commence par les mots :

> *« The property of nationals, corporations and associations of either High Contracting Party shall not be taken within the territories of the other High Contracting Party without due process of law and without the prompt payment of just and effective compensation »,*

the corresponding Italian text reads as follows:

> *"I beni dei cittadini e delle persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente non saranno espropriati entro i territori dell'altra Alta Parte Contraente, senza una debita procedura legale e senza il pronto pagamento di giusto ed effettivo indennizzo."*

There was considerable argument before the Chamber over the difference between the English version of the provision, which uses the word "taken", and the Italian, which uses the word *"espropriati"*. Both versions are authentic. Obviously there is some difference between the two versions. The word "taking" is wider and looser than *"espropriazione"*.

114. The United States argued that, however the provision is read, the result is the same in this case; which is not the same as arguing that the two versions mean the same thing; and if one looks at the acts and conduct which the Applicant claims to constitute a violation of Article V, paragraph 2, one finds this claim expressed in the following terms. In the contention of the United States, both the Respondent's act of requisitioning the ELSI plant and its subsequent acts in acquiring the plant, assets, and work in progress, singly and in combination, constitute takings of property without due process of law and just compensation. The requisition in itself is, in the view of the United States, such a taking, because Italy physically seized ELSI's property with the object and effect of ending Raytheon and Machlett's control and management, in order to prevent them from conducting the planned liquidation; and according to the United States, in international law a "taking" is generally recognized as including not merely outright expropriation of property, but also unreasonable interference with its use, enjoyment or disposal. Secondly, the United States claims that the Respondent, after the requisition and before the Prefect ruled on the administrative appeal, proceeded through ELTEL to acquire the ELSI plant and assets for less than fair market value. The matter was summed up by counsel at the hearings as follows:

> "The requisition and the delay in overturning the requisition not only interfered with Raytheon and Machlett's management and control of ELSI, not only impaired Raytheon and Machlett's legally acquired interests in ELSI, but also resulted in what can only be described as the taking of the property."

115. The specific United States allegations of interference by the Italian Government with the ELSI bankruptcy proceedings may be summarized as follows. The object in view is said to have been to secure ELSI's facilities for IRI, on the terms and at the below-market price which IRI desired, while responding to the political pressure brought by ELSI's former workers. Having requisitioned the plant and caused ELSI's bank-

la version italienne correspondante étant la suivante :

> *« I beni dei cittadini e delle persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente non saranno espropriati entro i territori dell'altra Alta Parte Contraente, senza una debita procedura legale e senza il pronto pagamento di giusto ed effettivo indennizzo. »*

On a longuement débattu devant la Chambre de la différence entre la version anglaise de cette disposition, où est employé le mot *« taken »*, et la version italienne, où est employé le mot *« espropriati »*. Les deux textes font foi. A l'évidence, il existe une certaine divergence entre les deux versions : le mot *« taking »* a un sens plus large et moins précis que le mot *« espropriazione »*.

114. Les Etats-Unis ont soutenu que, quelle que soit la façon dont cette disposition est interprétée, le résultat est le même en l'espèce, ce qui ne revient pas à soutenir que les deux versions veulent dire la même chose ; si l'on examine les actes et les comportements dont le demandeur prétend qu'ils constituent une violation du paragraphe 2 de l'article V, on constate que ce grief est exprimé comme suit : selon les Etats-Unis, aussi bien la réquisition de l'usine de l'ELSI par le défendeur que son acquisition ultérieure de l'usine, des actifs et des fabrications en cours, sont des actes qui, pris isolément ou ensemble, constituent des *takings of property* effectués sans procédure conforme au droit et sans indemnisation équitable. De l'avis des Etats-Unis, la réquisition est en soi un *taking* de ce genre puisque l'Italie a matériellement saisi les biens de l'ELSI — saisie qui avait pour objet et a eu pour effet de mettre fin à la gestion et au contrôle de Raytheon et Machlett — afin d'empêcher celles-ci de procéder à la liquidation envisagée ; toujours selon les Etats-Unis, il est généralement admis en droit international qu'il y a *« taking »* non seulement en cas d'expropriation proprement dite de biens, mais aussi en cas d'ingérence arbitraire dans l'utilisation, la jouissance ou la disposition de biens. Les Etats-Unis soutiennent en outre qu'après la réquisition et avant que le préfet ne statue sur le recours administratif, le défendeur a procédé, par l'intermédiaire de l'ELTEL, à l'acquisition de l'usine et des actifs de l'ELSI à un prix inférieur à leur juste valeur marchande. Lors des audiences, le conseil des Etats-Unis a résumé cet argument comme suit :

> « La réquisition et le retard avec lequel elle a été annulée ont non seulement entravé la gestion et le contrôle de l'ELSI par Raytheon et Machlett, non seulement porté atteinte aux intérêts légalement acquis par Raytheon et Machlett dans l'ELSI, mais aussi abouti à ce qui ne peut être qualifié que de *taking* de biens. »

115. Les allégations spécifiques des Etats-Unis selon lesquelles le Gouvernement italien serait intervenu dans la procédure de faillite de l'ELSI peuvent se résumer comme suit. Il est dit que le but visé était de permettre à l'IRI d'acquérir les installations de l'ELSI aux conditions et au prix — inférieur à leur valeur marchande — désirés par l'IRI, tout en répondant à la pression politique exercée par les anciens ouvriers de

ruptcy, the Government of Italy discouraged private bidders at the auctions held to dispose of ELSI's assets, by informing the public at large that the Government would be taking over ELSI's facilities. While proceeding with plans to take over ELSI, for example by negotiating agreements for rehiring the staff, IRI is said to have "boycotted" the first three auctions of the assets, at which the terms set by the bankruptcy judge were not to its liking. ELTEL proposed to the trustee in bankruptcy that it be permitted to lease the plant, and to purchase the work in progress, and this was agreed to by the bankruptcy authorities on terms which, it is claimed, were adverse to ELSI's interests, both because the sums involved were too low and because ELTEL was placed in a position to dictate the terms of the final sale. At the final auction, ELTEL, already in possession under the lease, acquired the plant and related equipment for 4,000 million lire, the figure reported in the press to have been previously agreed on between IRI and the Italian authorities. As a result of the arrangements made with the bankruptcy authorities for a piecemeal take-over, the total amount received for ELSI's assets was slightly over 4,000 million lire, as compared with the company's book valuation of over 12,000 million lire.

116. Thus, the charge based on the combination of the requisition and subsequent acts is really that the requisition was the beginning of a process that led to the acquisition of the bulk of the assets of ELSI (which was wholly owned by Raytheon and Machlett) for far less than market value. That is a charge, not of mere temporary taking -- though the United States also contended that a temporary requisition can constitute an indirect taking — but of a process by which title to ELSI's assets itself was in the end transferred. So far as the requisition is concerned, counsel put the United States argument this way:

> "the fact that the requisition was for an extendable six-month period does not make this any less of an expropriation of interests in property, given the fact that the requisition drove ELSI into bankruptcy".

What is thus alleged by the Applicant, if not an overt expropriation, might be regarded as a disguised expropriation; because, at the end of the process, it is indeed title to property itself that is at stake. The argument is that if a series of acts or omissions of the Italian authorities had the end result, whether intended or not and whether the result of collusion or not, of causing United States property in Italy to be ultimately transferred into the ownership of Italy, without proper compensation, there would be a violation of Article V, paragraph 2, of the FCN Treaty.

l'ELSI. Après avoir réquisitionné l'usine et provoqué la faillite de l'ELSI, le Gouvernement italien aurait découragé les éventuels acquéreurs privés de participer aux enchères organisées pour vendre les biens de l'ELSI en annonçant publiquement que le Gouvernement reprendrait les installations de l'ELSI. Tout en poursuivant ses plans de reprise de l'ELSI, par exemple en négociant des accords en vue de la réembauche du personnel, l'IRI aurait « boycotté » les trois premières ventes aux enchères, dont les conditions fixées par le juge-commissaire ne lui auraient pas convenu. L'ELTEL a proposé au syndic de faillite qu'elle soit autorisée à louer l'usine et à acquérir les fabrications en cours, ce qui a été accepté par les autorités de faillite à des conditions qui, est-il soutenu, étaient contraires aux intérêts de l'ELSI, à la fois parce que les montants en question étaient trop bas et parce que l'ELTEL a été mise en mesure d'imposer les conditions de la dernière vente. A cette vente, l'ELTEL, qui avait déjà pris possession de l'usine en la louant, a acheté l'usine et le matériel qui s'y rattachait pour 4000 millions de lires, chiffre qui, selon la presse, aurait été précédemment convenu entre l'IRI et les autorités italiennes. A la suite des arrangements pris avec les autorités de faillite afin de fractionner l'acquisition des biens, le montant total obtenu pour les biens de l'ELSI a été d'un peu plus de 4000 millions de lires, alors que l'évaluation figurant dans les livres de la société était de plus de 12 000 millions de lires.

116. Ainsi, le grief fondé sur la combinaison de la réquisition et des faits ultérieurs signifie en réalité que la réquisition a marqué le commencement d'un processus qui a abouti à l'achat de la plus grande partie des actifs de l'ELSI (laquelle était entièrement aux mains de Raytheon et Machlett) pour bien moins que leur valeur marchande. L'objet de ce grief n'est pas un simple *taking* temporaire — bien que les Etats-Unis aient aussi soutenu qu'une réquisition temporaire puisse constituer un *taking* indirect — mais un processus par lequel la propriété même des actifs de l'ELSI a été finalement transférée. En ce qui concerne la réquisition, l'argumentation des Etats-Unis a été présentée par leur conseil dans les termes suivants :

> « le fait que la réquisition a été prévue pour une période de six mois, prolongeable, n'en fait pas moins une expropriation d'intérêts dans des biens, étant donné que la réquisition a amené l'ELSI à la faillite ».

Ce qui est ainsi allégué par le demandeur pourrait être considéré, sinon comme une expropriation déclarée, du moins comme une expropriation déguisée ; en effet, au terme du processus en question, c'est effectivement le titre de propriété qui est en jeu. L'argument est que, au cas où une série d'actes ou omissions des autorités italiennes aurait eu pour conséquence finale, que celle-ci fût voulue ou non et qu'elle fût ou non le résultat d'une collusion, que ces biens américains en Italie auraient été finalement transférés en propriété à l'Italie, sans indemnisation équitable, il y aurait alors violation du paragraphe 2 de l'article V du traité de 1948.

117. It must immediately be added that the United States, in the course of the oral proceedings, in response to an Italian assertion that it was attempting to establish a conspiracy to bring about the change of ownership, made it very clear that this part of its case did not depend upon, or in any way involve, any allegation that the Italian authorities were parties to such a conspiracy. The United States stated formally that it "has never argued and does not now argue that the acts and omissions of the Respondent that violated the Treaty amount to a 'conspiracy'". Moreover, it was added that whilst the relief sought was "based on the acts and omissions of the Respondent's agents and officials at the federal and local levels (including IRI), without any allegation that these officials were working in conspiracy", the United States did not "speculate as to why these agents and officials of the Respondent acted in the manner they did"; or, as the United States Agent put it in his argument:

> "These acts and omissions constituted Treaty violations ... whether or not the Italian Government entities involved knew of each other's actions, and whether or not they were acting in concert or at cross purposes."

118. The argument that there was a "taking" involving transfer of title gives rise to a number of difficulties. Even assuming, though without deciding, that *"espropriazione"* might be wide enough to include not only formal and open expropriation, but also a disguised expropriation, there would still be a question whether the paragraph can be extended to include even a "taking" of an Italian corporation in Italy, of which, strictly speaking, Raytheon and Machlett only held the shares. This, however, is where account must also be taken of the first paragraph of the Protocol appended to the FCN Treaty, which provides:

> "1. The provisions of paragraph 2 of Article V, providing for the payment of compensation, shall extend to interests held directly or indirectly *[si estenderanno ai diritti spettanti direttamente od indirettamente ai cittadini ...]* by nationals, corporations and associations of either High Contracting Party in property which is taken within the territories of the other High Contracting Party."

The English text of this provision suggests that it was designed precisely to resolve the doubts just described. The interests of shareholders in the assets of a company, and in their residuary value on liquidation, would appear to fall in the category of the "interests" to be protected by Article V, paragraph 2, and the Protocol. Italy has however drawn attention to the use in the Italian text — which is equally authentic — of the narrower term

117. Il faut immédiatement ajouter que les Etats-Unis, au cours de la procédure orale, ont très clairement précisé, en réponse à l'affirmation de l'Italie suivant laquelle ils cherchaient à établir l'existence d'une conspiration en vue de provoquer le changement de propriété, que cette partie de leur demande ne dépendait pas de l'allégation selon laquelle les autorités italiennes auraient pris part à une telle conspiration et qu'elle n'impliquait aucunement une telle allégation. Les Etats-Unis ont déclaré formellement qu'ils « n'ont jamais soutenu et ne soutiennent pas maintenant que les actions et omissions du défendeur contraires au traité de 1948 équivalent à une « conspiration ». D'ailleurs, les Etats-Unis ont ajouté que la réparation demandée « se fondait sur les actions et omissions des agents et fonctionnaires du défendeur, aux niveaux fédéral et local (y compris l'IRI), sans alléguer aucunement que ces fonctionnaires conspiraient », et que les Etats-Unis « ne spéculent pas sur les raisons pour lesquelles ces agents et fonctionnaires du défendeur ont agi comme ils l'ont fait » ; ou, pour reprendre les termes employés par l'agent des Etats-Unis dans sa plaidoirie :

> « Ces actes et omissions ont constitué des violations du traité ... que chacune des autorités italiennes en cause aient eu connaissance ou non des actes des autres et que ces autorités aient agi ou non de concert ou suivant des objectifs opposés. »

118. L'argument selon lequel il y a eu un « *taking* » impliquant transfert du titre de propriété soulève un certain nombre de difficultés. A supposer même, mais sans se prononcer sur ce point, que le terme « *espropriazione* » puisse être assez large pour englober non seulement une expropriation formelle et déclarée, mais aussi une expropriation déguisée, il s'agirait encore de savoir si l'application de ce paragraphe peut être étendue au « *taking* » d'une société italienne en Italie dont Raytheon et Machlett ne possédaient à proprement parler que les actions. C'est là qu'il faut tenir compte aussi du premier paragraphe du protocole annexé au traité de 1948, lequel est ainsi libellé :

> « 1. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article V qui prévoient le paiement d'une indemnité s'appliqueront aux droits [« *interests* » dans la version anglaise] que des ressortissants ou des sociétés ou associations de l'une des Hautes Parties contractantes possèdent directement ou indirectement *[si estenderanno ai diritti spettanti direttamente od indirettamente ai cittadini...]* sur des biens qui sont expropriés à l'intérieur des territoires de l'autre Haute Partie contractante. »

La version anglaise de cette disposition donne à penser que celle-ci vise précisément à dissiper les doutes qui viennent d'être exposés. Les *interests* des actionnaires sur les biens de la société et sur leur valeur résiduelle de liquidation semblent entrer dans la catégorie des « *interests* » que doivent protéger le paragraphe 2 de l'article V et le protocole. Mais l'Italie a signalé que c'est le terme plus étroit « *diritti* » (droits) qui est employé

"diritti" (rights), and has argued that, on the basis of the principle expressed in Article 33, paragraph 4, of the Vienna Convention on the Law of Treaties, the correct interpretation of the Protocol must be in the more restrictive sense of the Italian text.

119. In the view of the Chamber, however, neither this question of interpretation of the two texts of the Protocol, nor the questions raised as to the possibilities of disguised expropriation or of a "taking" amounting ultimately to expropriation, have to be resolved in the present case, because it is simply not possible to say that the ultimate result was the consequence of the acts or omissions of the Italian authorities, yet at the same time to ignore the most important factor, namely ELSI's financial situation, and the consequent decision of its shareholders to close the plant and put an end to the company's activities. As explained above (paragraphs 96-98), the municipal courts considered that ELSI, if not already insolvent in Italian law before the requisition, was in so precarious a state that bankruptcy was inevitable. The Chamber cannot regard any of the acts complained of which occurred subsequent to the bankruptcy as breaches of Article V, paragraph 2, in the absence of any evidence of collusion, which is now no longer even alleged. Even if it were possible to see the requisition as having been designed to bring about bankruptcy, as a step towards disguised expropriation, then, if ELSI was already under an obligation to file a petition of bankruptcy, or in such a financial state that such a petition could not be long delayed, the requisition was an act of supererogation. Furthermore this requisition, independently of the motives which allegedly inspired it, being by its terms for a limited period, and liable to be overturned by administrative appeal, could not, in the Chamber's view, amount to a "taking" contrary to Article V unless it constituted a significant deprivation of Raytheon and Machlett's interest in ELSI's plant; as might have been the case if, while ELSI remained solvent, the requisition had been extended and the hearing of the administrative appeal delayed. In fact the bankruptcy of ELSI transformed the situation less than a month after the requisition. The requisition could therefore only be regarded as significant for this purpose if it caused or triggered the bankruptcy. This is precisely the proposition which is irreconcilable with the findings of the municipal courts, and with the Chamber's conclusions in paragraphs 99-100 above.

* *

120. Article I of the Supplementary Agreement to the FCN Treaty, which confers rights not qualified by national or most-favoured-nation standards, provides as follows:

dans la version italienne, laquelle est également authentique, et elle a soutenu que, en vertu du principe exprimé au paragraphe 4 de l'article 33 de la convention de Vienne sur le droit des traités, c'est dans le sens plus restreint de la version italienne que doit être interprété le protocole.

119. Toutefois, de l'avis de la Chambre, cette question d'interprétation des deux versions du protocole, pas plus que les questions soulevées quant à l'éventualité d'une expropriation déguisée ou d'un « *taking* » équivalant en définitive à une expropriation, ne doit être résolue en l'espèce puisqu'il n'est tout simplement pas possible de dire que le résultat final a été la conséquence des actes ou omissions des autorités italiennes, en ignorant en même temps l'élément le plus important, à savoir la situation financière de l'ELSI et la décision prise en conséquence par ses actionnaires de fermer son usine et de mettre fin à ses activités. Comme il a été expliqué ci-dessus (paragraphes 96 à 98), les juridictions internes ont estimé que l'ELSI, si elle n'était pas déjà insolvable au regard du droit italien avant la réquisition, se trouvait dans une situation tellement précaire que sa faillite était inévitable. Parmi les faits qui se sont produits après la faillite et qui sont maintenant mis en cause, pas un ne peut être considéré par la Chambre comme violant le paragraphe 2 de l'article V, en l'absence de toute preuve de collusion ; or la collusion n'est même plus alléguée maintenant. Même s'il était possible de considérer que la réquisition visait à provoquer la faillite, comme premier pas vers une expropriation déguisée, et à supposer que l'ELSI était déjà tenue de demander sa mise en faillite ou qu'elle se trouvait dans une situation financière telle que cette demande ne pouvait pas être longtemps différée, la réquisition était un acte surerogatoire. De plus, indépendamment des motifs l'ayant prétendument inspirée, cette réquisition avait selon ses propres termes une durée limitée et pouvait être annulée moyennant un recours administratif ; elle ne pouvait, de l'avis de la Chambre, être assimilée à un « *taking* » contrevenant à l'article V, à moins de constituer pour Raytheon et Machlett une privation importante de leur *interest* dans l'usine de l'ELSI, ce qui aurait pu être le cas si, l'ELSI restant solvable, la durée de la réquisition avait été prolongée et la décision sur le recours administratif différée. En fait, la faillite de l'ELSI a transformé la situation moins d'un mois après la réquisition. Cette réquisition ne pouvait donc être considérée comme importante à cet effet que si elle avait causé ou déclenché la faillite. C'est là précisément une proposition qui est inconciliable avec les conclusions des juridictions internes et avec celles auxquelles la Chambre est parvenue aux paragraphes 99 et 100 ci-dessus.

* *

120. L'article premier de l'accord complétant le traité de 1948, qui confère des droits auxquels les normes du traitement national ou du traitement de la nation la plus favorisée n'apportent aucune restriction, dispose ce qui suit :

"The nationals, corporations and associations of either High Contracting Party shall not be subjected to arbitrary or discriminatory measures within the territories of the other High Contracting Party resulting particularly in: *(a)* preventing their effective control and management of enterprises which they have been permitted to establish or acquire therein; or, *(b)* impairing their other legally acquired rights and interests in such enterprises or in the investments which they have made, whether in the form of funds (loans, shares or otherwise), materials, equipment, services, processes, patents, techniques or otherwise. Each High Contracting Party undertakes not to discriminate against nationals, corporations and associations of the other High Contracting Party as to their obtaining under normal terms the capital, manufacturing processes, skills and technology which may be needed for economic development."

The United States bases its claims upon allegations that measures were taken which were both "arbitrary" and "discriminatory" in the sense of this text.

121. The Applicant pressed strongly the claim that the requisition was an arbitrary or discriminatory act which violated both the *"(a)"* and the *"(b)"* clauses of the Article. The requisition, it is said, clearly prevented Raytheon and Machlett from exercising their control and management of ELSI and also resulted in an impairment of their legally acquired rights and interests in ELSI, inasmuch as it prevented the voluntary liquidation of ELSI and caused it to file for bankruptcy. To the claim as it is presented in those terms, however, the Chamber has already given its answer: the absence of a sufficiently palpable connection between the effects of the requisition and the failure of ELSI to carry out its planned orderly liquidation (paragraph 101 above). Accordingly, it cannot be said that it was the requisition *per se* which either prevented Raytheon's effective control and management of ELSI, or which resulted in impairing legally acquired rights, in the sense of the clauses called *"(a)"* and *"(b)"* in Article I of the Supplementary Agreement. Yet, although this is an answer to the claim as it is presented in terms of those clauses of Article I, it is not the end of the matter. The effect of the word "particularly", introducing the clauses *"(a)"* and *"(b)"*, suggests that the prohibition of arbitrary (and discriminatory) acts is not confined to those resulting in the situations described in *"(a)"* and *"(b)"*, but is in effect a prohibition of such acts whether or not they produce such results. It is necessary, therefore, to examine whether the requisition was, or was not, an arbitrary or discriminatory act of itself.

122. The allegation of the United States that Raytheon and Machlett were subjected to "discriminatory" measures can be dealt with shortly. It is common ground that the requisition order was not made because of the nationality of the shareholders; there have been many cases of requisition

« Les ressortissants, les sociétés et les associations de l'une des Hautes Parties contractantes ne seront pas soumis, sur les territoires de l'autre Haute Partie contractante, à des mesures arbitraires ou discriminatoires ayant notamment pour effet: *a)* de les empêcher de [contrôler] et de gérer effectivement des entreprises qu'ils ont été autorisés à créer ou à acquérir; ou *b)* de porter préjudice aux autres droits et intérêts qu'ils ont légitimement acquis dans ces entreprises ou dans les investissements qu'ils ont effectués sous la forme d'apport de fonds (prêts, achats d'actions ou autres), de matériel, de fournitures, de services, de procédés de fabrication, de brevets, de techniques ou autres. Chacune des Hautes Parties contractantes s'engage à ne pas faire de discrimination contre les ressortissants, les sociétés et les associations de l'autre Haute Partie contractante, en ce qui concerne l'obtention, dans des conditions normales, des capitaux, des procédés de fabrication et des connaissances pratiques et techniques dont ils peuvent avoir besoin aux fins du développement économique. »

Pour étayer leur thèse, les Etats-Unis allèguent que des mesures ont été prises qui étaient à la fois « arbitraires » et « discriminatoires » au sens de ce texte.

121. Le demandeur a fait valoir avec insistance que la réquisition constituait un acte arbitraire ou discriminatoire en violation des clauses *a)* et *b)* de l'article premier. La réquisition, a-t-il dit, a manifestement empêché Raytheon et Machlett d'exercer le contrôle et la gestion de l'ELSI; elle a eu aussi pour effet de porter préjudice à leurs droits et intérêts légitimement acquis dans l'ELSI dans la mesure où elle a empêché la liquidation volontaire de la société et a obligé celle-ci à demander sa mise en faillite. Sur la thèse présentée en ces termes, la Chambre s'est déjà prononcée: il n'y a pas de lien assez tangible entre les effets de la réquisition et l'inexécution par l'ELSI de son plan de liquidation régulière (paragraphe 101 ci-dessus). En conséquence, on ne saurait dire que c'est la réquisition en soi qui a empêché Raytheon de contrôler et de gérer effectivement l'ELSI ou qui a eu pour effet de porter préjudice à des droits légitimement acquis, au sens des clauses *a)* et *b)* de l'article premier de l'accord complémentaire. Néanmoins cette réponse au moyen tiré desdites clauses de l'article premier ne règle pas tout. Le mot « notamment », qui introduit les clauses *a)* et *b)*, donne à penser que l'interdiction des actes arbitraires (et discriminatoires) ne se limite pas à ceux qui ont pour résultat les situations définies dans ces clauses, mais qu'elle revient en réalité à prohiber les actes de cette nature, qu'ils produisent ou non un tel résultat. Il faut donc rechercher si la réquisition constituait ou non en soi un acte arbitraire ou discriminatoire.

122. L'allégation des Etats-Unis selon laquelle Raytheon et Machlett ont fait l'objet de mesures « discriminatoires » peut être examinée brièvement. C'est un fait reconnu que l'ordonnance de réquisition n'a pas été prise en raison de la nationalité des actionnaires; souvent des ordon-

orders made in similar circumstances against wholly Italian-owned companies. But the United States claims that there was "discrimination" in favour of IRI, an entity controlled by Italy; and this was, in the view of the United States, contrary to the FCN Treaty and Supplementary Agreement. It is contended that the interests of IRI were directly contrary to those of Raytheon and Machlett, and the Italian Government intervened to advance its own commercial interests at the latter's expense. However, the requisition order in itself did not serve any interest of IRI; it is only if the requisition is regarded as a step in a process destined to transfer ELSI's assets to IRI that the factual situation would afford any basis for the argument now under examination. As indicated above, the United States stated formally during the oral proceedings that it was not arguing that the acts and omissions complained of amount to a "conspiracy", and did not speculate as to why the relevant agents and officials of the Respondent acted as they did (see paragraph 117 above). There is no sufficient evidence before the Chamber to support the suggestion that there was a plan to favour IRI at the expense of ELSI, and the claim of "discriminatory measures" in the sense of Article I of the Supplementary Agreement must therefore be rejected.

123. In order to show that the requisition order was an "arbitrary" act in the sense of the Supplementary Agreement to the FCN Treaty, the Applicant has relied *(inter alia)* upon the status of that order in Italian law. It contends that the requisition "was precisely the sort of arbitrary action which was prohibited" by Article I of the Supplementary Agreement, in that "under both the Treaty and Italian law, the requisition was unreasonable and improperly motivated"; it was "found to be illegal under Italian domestic law for precisely this reason". Relying on its own English translation of the decision of the Prefect of Palermo of 22 August 1969, the Applicant concludes that the Prefect found that the order was "destitute of any juridical cause which may justify it or make it enforceable". Italy first contended that the word "or" in the translation of this passage should be replaced by "and", and subsequently put forward the alternative translation that "the order, generically speaking, lacks the proper motivation that could justify it and make it effective". It may be noted in passing that when ELSI, immediately after the making of the requisition order, formally invited the Mayor of Palermo to revoke the order, it referred to it throughout as "the said illegal and arbitrary order" *("detto illegale ed arbitrario provvedimento")*; but the appeal submitted to the Prefect, while citing numerous legal grounds for annulment, including *"eccesso di potere per sviamento del fine"* ("excess of power by deviation from the purpose"), contained no claim that the order had been "arbitrary". It is therefore appropriate for the Chamber to examine the legal grounds given by the Prefect of Palermo for his decision, as well as what was said by the Court of Appeal of Palermo on the legal impact of the Prefect's decision on the requisition order, and consider whether the findings of the

nances de réquisition prises dans des circonstances semblables l'ont été contre des sociétés appartenant entièrement à des Italiens. Mais les Etats-Unis affirment qu'il y a eu « discrimination » en faveur de l'IRI, entité contrôlée par l'Etat italien, ce qui, selon les Etats-Unis, était contraire au traité de 1948 et à l'accord complémentaire. Ils soutiennent que les intérêts de l'IRI allaient directement à l'encontre de ceux de Raytheon et Machlett et que le Gouvernement italien est intervenu pour favoriser ses propres intérêts commerciaux aux dépens de ces dernières. Or, par elle-même, l'ordonnance de réquisition ne servait aucun intérêt de l'IRI; ce n'est que si l'on envisageait la réquisition comme une phase d'une opération destinée à transférer à l'IRI les avoirs de l'ELSI que cette situation de fait étayerait quelque peu l'argument à l'examen. Comme il a été indiqué plus haut, les Etats-Unis ont formellement déclaré, lors des plaidoiries, qu'ils ne soutenaient pas que les actes et omissions incriminés équivalaient à une « conspiration »; ils n'ont pas spéculé sur les raisons pour lesquelles les agents et fonctionnaires en cause du défendeur ont agi comme ils l'ont fait (voir paragraphe 117 ci-dessus). Aucune preuve suffisante n'a été soumise à la Chambre à l'appui de l'idée qu'il y aurait eu un plan visant à favoriser l'IRI aux dépens de l'ELSI; l'allégation de « mesures discriminatoires » au sens de l'article premier de l'accord complémentaire doit par conséquent être rejetée.

123. Pour démontrer que l'ordonnance de réquisition constituait un acte « arbitraire » au sens de l'accord complétant le traité de 1948, le demandeur s'est notamment fondé sur la valeur de cette ordonnance en droit italien. Il soutient que la réquisition « était précisément le type d'acte arbitraire qui était interdit » par l'article premier de l'accord complémentaire, parce que, « au regard du traité aussi bien que du droit italien, la réquisition était déraisonnable et irrégulièrement motivée »; elle a « été déclarée illégale en droit interne italien précisément pour cette raison ». Se fondant sur sa propre traduction en anglais de la décision rendue par le préfet de Palerme le 22 août 1969, le demandeur conclut que le préfet a jugé que l'ordonnance était *« destitute of any juridical cause which may justify it or make it enforceable »* (« dépourvue de toute cause juridique pouvant la justifier ou la rendre exécutable »). L'Italie a d'abord soutenu que le mot *« or »* devait être remplacé par *« and »* dans la traduction de ce passage puis elle a soumis cette autre traduction : *« the order, generically speaking, lacks the proper motivation that could justify it and make it effective »* (« d'une manière générale, il manque dans l'ordonnance la motivation appropriée pouvant la justifier et la rendre efficace »). On peut relever en passant que, lorsque l'ELSI a formellement invité le maire de Palerme à révoquer son ordonnance de réquisition, immédiatement après qu'il l'eut prise, elle l'a constamment désignée par les termes « ladite ordonnance illégale et arbitraire » *(« atto illegale ed arbitrario provvedimento »)*; mais le recours adressé au préfet, qui mentionne pourtant de nombreux motifs juridiques d'annulation parmi lesquels l'*« eccesso di potere per sviamento del fine »* (« l'excès de pouvoir pour détournement du but »), n'avance nullement que l'ordonnance était « arbitraire ». Il convient donc que la Chambre

Prefect or of the Court of Appeal are equivalent to, or suggest, a conclusion that the requisition was an "arbitrary" action.

124. Yet it must be borne in mind that the fact that an act of a public authority may have been unlawful in municipal law does not necessarily mean that that act was unlawful in international law, as a breach of treaty or otherwise. A finding of the local courts that an act was unlawful may well be relevant to an argument that it was also arbitrary; but by itself, and without more, unlawfulness cannot be said to amount to arbitrariness. It would be absurd if measures later quashed by higher authority or a superior court could, for that reason, be said to have been arbitrary in the sense of international law. To identify arbitrariness with mere unlawfulness would be to deprive it of any useful meaning in its own right. Nor does it follow from a finding by a municipal court that an act was unjustified, or unreasonable, or arbitrary, that that act is necessarily to be classed as arbitrary in international law, though the qualification given to the impugned act by a municipal authority may be a valuable indication.

125. The principal passage from the decision of the Prefect which is relevant here has already been quoted (paragraph 75 above), but it is convenient to set it out again here:

> *"Non v'ha dubbio che anche se possono considerarsi, in linea del tutto teorica, sussistenti, nella fattispecie, gli estremi della grave necessità pubblica e della contingibilità ed urgenza che determinarono l'adozione del provvedimento, il fine cui tendeva la requisizione non poteva trovare pratica realizzazione con il provvedimento stesso, tanto è vero che nessuna ripresa di attività dell'azienda vi è stata a seguito della requisizione, nè avrebbe potuto esserci. Manca, pertanto, nel provvedimento, genericamente, la causa giuridica che possa giustificarlo e renderlo operante."*

The differing translations offered by the Parties of the sentence upon which the Applicant places considerable reliance are set out in paragraph 123 above. In the Chamber's translation, the passage reads:

> "There is no doubt that, even though, from the purely theoretical standpoint, the conditions of grave public necessity and of unforeseen urgency warranting adoption of the measure may be considered to exist in the case in point, the intended purpose of the requisition could not in practice be achieved by the order itself, since in fact there was no resumption of the company's activity following the requisition, nor could there have been such resumption. The order therefore

examine les motifs juridiques que le préfet de Palerme a donnés à l'appui de sa décision ainsi que ce qu'a dit la cour d'appel de Palerme au sujet de l'effet juridique de la décision du préfet sur l'ordonnance de réquisition ; il convient aussi qu'elle recherche si les conclusions du préfet ou celles de la cour d'appel impliquent ou font penser que la réquisition était un acte « arbitraire ».

124. Toutefois, il faut tenir compte du fait qu'un acte d'une autorité publique peut avoir été illégitime en droit interne sans que cela signifie nécessairement que cet acte était illicite en droit international, en tant que violation d'un traité ou autrement. Une décision d'une juridiction interne selon laquelle un acte était illégitime peut bien être produite à l'appui d'une argumentation d'après laquelle cet acte était aussi arbitraire, mais on ne peut pas dire que l'illégitimité équivaudrait, par elle-même et sans plus, à l'arbitraire. Il serait absurde qu'on puisse dire que, parce que des mesures ont été annulées par une autorité ou une juridiction supérieure, elles étaient arbitraires au sens du droit international. Ce serait ôter à l'arbitraire toute signification utile qui lui soit propre que de l'identifier à la simple illégitimité. Il ne découle pas non plus du fait qu'une juridiction nationale a conclu qu'un acte était injustifié, déraisonnable ou arbitraire, que cet acte doive être qualifié d'arbitraire en droit international, bien que la qualification donnée par une autorité nationale à l'acte attaqué puisse constituer une indication utile.

125. Le passage de la décision du préfet qui présente le plus d'importance en l'espèce a déjà été cité (paragraphe 75 ci-dessus), mais il convient de le reproduire ici :

> *« Non v'ha dubbio che anche se possono considerarsi, in linea del tutto teorica, sussistenti, nella fattispecie, gli estremi della grave necessità pubblica e della contingibilità ed urgenza che determinarono l'adozione del provvedimento, il fine cui tendeva la requisizione non poteva trovare pratica realizzazione con il provvedimento stesso, tanto è vero che nessuna ripresa di attività dell'azienda vi è stata a seguito della requisizione, nè avrebbe potuto esserci. Manca, pertanto, nel provvedimento, genericamente, la causa giuridica che possa giustificarlo e renderlo operante. »*

Les traductions divergentes que les Parties ont fournies de la phrase à laquelle le demandeur attache beaucoup de poids sont reproduites au paragraphe 123 ci-dessus. Dans la traduction de la Chambre, ce passage se lit comme suit :

> « Il n'y a pas de doute que, même si l'on peut considérer, de façon toute théorique, que les conditions de grave nécessité publique, d'imprévisibilité et d'urgence qui ont déterminé l'adoption de cette mesure étaient réunies en l'espèce, l'objectif visé par la réquisition ne pouvait être réalisé en pratique par cette ordonnance, tant il est vrai qu'à la suite de la réquisition l'activité de l'entreprise n'a pas repris et n'aurait pas pu reprendre. D'une manière générale, il manque par

lacks, generically, the juridical cause which might justify it and make it operative."

126. In support of this conclusion, the Prefect explained that the Mayor had believed that he could deal with the situation by means of a requisition, without appreciating that

> "the state of the company as a result of circumstances of a functional-economic and market nature, was such as not to permit of the continuation of its activity".

He also emphasized the shutdown of the plant and the protest actions of the staff, and the fact that the requisition had not succeeded in preserving public order. Finally the Prefect also observed that the order had been adopted

> *"anche sotto l'influsso delle pressioni e dei rilievi formulati dalla stampa cittadina, per cui è da ritenere che il Sindaco, anche per sottrarvisi e dimostrare l'intendimento della Pubblica Amministrazione di intervenire in qualche modo, addivenne alla requisizione quale provvedimento diretto più che altro a porre in evidenza la sua intenzione di affrontare comunque il problema".*

In the translation of the Prefect's decision supplied by the Applicant:

> "also under the influence of the pressure created by, and of the remarks made by the local press; therefore we have to hold that the Mayor, also in order to get out of the above and to show the intent of the Public Administration to intervene in one way or another, issued the order of requisition as a measure mainly directed to emphasize his intent to face the problem in some way [or, as quoted in the judgment of the Court of Appeal of Palermo, in the translation supplied by the Applicant: 'his intention to tackle the problem just the same']".

It was of course understandable that the Mayor, as a public official, should have made his order, in some measure, as a response to local public pressures; and the Chamber does not see, in this passage of the Prefect's decision, any ground on which it might be suggested that the order was therefore arbitrary.

127. In the action brought by the trustee in bankruptcy for damages on account of the requisition, the Court of Palermo and subsequently the Court of Appeal of Palermo had to consider the legal significance of the decision of the Prefect. The Court of Palermo accepted the argument of the respondent administration that *"il provvedimento prefettizio è sostanzialmente di revoca dell'atto richiamato essendo stati ritenuti irrealizzabili gli scopi cui lo stesso miravano"*, i.e., that "the Prefect's order is in substance a revocation of the act in question, the objectives which were contemplated by it having been adjudged to have been impossible to achieve". When the matter came before the Court of Appeal, it observed that this argument was contrary to the argument of the trustee in bankruptcy *"che ravvisa in*

conséquent dans l'ordonnance la cause juridique pouvant la justifier et la rendre opérante. »

126. A l'appui de cette conclusion, le préfet a expliqué que le maire avait cru pouvoir faire face à la situation au moyen d'une réquisition, sans prendre en considération le fait que

> « pour des raisons économiques liées au fonctionnement et à la commercialisation de la société, celle-ci était dans une situation telle qu'elle ne lui permettait pas de poursuivre son activité... »;

il a aussi mis l'accent sur la fermeture de l'usine, les manifestations de protestation du personnel et le fait que la réquisition n'avait pas réussi à maintenir l'ordre public. Enfin, le préfet a fait observer que l'ordonnance avait été prise

> *« anche sotto l'influsso delle pressioni e dei rilievi formulati dalla stampa cittadina, per cui è da ritenere che il Sindaco, anche per sottrarvisi e dimostrare l'intendimento della Pubblica Amministrazione di intervenire in qualche modo, addivenne alla requisizione quale provvedimento diretto più che altro a porre in evidenza la sua intenzione di affrontare comunque il problema ».*

Le passage tel que traduit en anglais par le demandeur peut être traduit en français comme suit :

> « aussi sous l'influence de la pression créée par la presse locale et des remarques qu'elle a formulées ; nous devons donc en conclure que le maire, désireux aussi de se tirer de cette situation et de montrer l'intention de l'administration d'intervenir d'une manière ou d'une autre, a pris l'ordonnance de réquisition comme une mesure destinée principalement à faire ressortir son intention d'affronter le problème de quelque manière [ou, comme ces derniers mots sont cités dans l'arrêt de la cour d'appel de Palerme, dans la traduction fournie par le demandeur : « son intention de traiter le problème tout de même »] ».

On peut comprendre évidemment que le maire, en tant qu'agent de la puissance publique, ait dans une certaine mesure pris son ordonnance sous l'effet de pressions exercées publiquement à l'échelon local ; la Chambre ne voit, dans ce passage de la décision du préfet, aucun motif qui permettrait de dire que l'ordonnance était par conséquent arbitraire.

127. Dans l'action en dommages et intérêts intentée par le syndic de faillite à la suite de la réquisition, le tribunal de Palerme puis la cour d'appel de Palerme ont dû examiner la question de la portée juridique de la décision du préfet. Le tribunal de Palerme a accepté l'argument de l'administration défenderesse selon lequel *« il provvedimento prefettizio è sostanzialmente di revoca dell'atto richiamato essendo stati ritenuti irrealizzabili gli scopi cui lo stesso miravano »* (« la décision du préfet est en substance une mesure par laquelle il a révoqué l'acte en question, les objectifs visés par cet acte ayant été jugés irréalisables »). Lorsque l'affaire a été portée devant la cour d'appel, celle-ci a relevé que cet argument était contraire à celui qu'avait présenté le syndic de faillite *« che ravvisa in*

detto decreto una dichiarazione di illegittimità del provvedimento di requisizione", i.e., "who regarded the [Prefect's] decree as a declaration of the unlawfulness of the requisition order". The Court of Appeal understood the lower court as meaning simply that *"i vizi del provvedimento di requisizione, rilevati dal Prefetto, sono vizi di merito e non vizi di legittimità"*, i.e., "the defects found by the Prefect in the requisition order were defects in respect of the merits and not defects in respect of lawfulness"; it found that this finding was incorrect because the reasoning of the Prefect was, in its view, a clear finding of *"un tipico caso di eccesso di potere, che è, come è noto, un vizio di legittimità dell'atto amministrativo"*, i.e., "a typical case of excess of power, which is of course a defect in respect of lawfulness of an administrative act". Having reached this conclusion, the Court of Appeal refers later in its judgment to the requisition as having been "unlawful" *("illecito")*. The analysis of the Prefect's decision as a finding of excess of power, with the result that the order was subject to a defect of lawfulness does not, in the Chamber's view, necessarily and in itself signify any view by the Prefect, or by the Court of Appeal of Palermo, that the Mayor's act was unreasonable or arbitrary.

128. Arbitrariness is not so much something opposed to a rule of law, as something opposed to the rule of law. This idea was expressed by the Court in the *Asylum* case, when it spoke of "arbitrary action" being "substituted for the rule of law" (*Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950*, p. 284). It is a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety. Nothing in the decision of the Prefect, or in the judgment of the Court of Appeal of Palermo, conveys any indication that the requisition order of the Mayor was to be regarded in that light.

129. The United States argument is not of course based solely on the findings of the Prefect or of the local courts. United States counsel felt able to describe the requisition generally as being an "unreasonable or capricious exercise of authority". Yet one must remember the situation in Palermo at the moment of the requisition, with the threatened sudden unemployment of some 800 workers at one factory. It cannot be said to have been unreasonable or merely capricious for the Mayor to seek to use the powers conferred on him by the law in an attempt to do something about a difficult and distressing situation. Moreover, if one looks at the requisition order itself, one finds an instrument which in its terms recites not only the reasons for its being made but also the provisions of the law on which it is based: one finds that, although later annulled by the Prefect because "the intended purpose of the requisition could not in practice be achieved by the order itself" (paragraph 125 above), it was nonetheless within the competence of the Mayor of Palermo, according to the very provisions of the law cited in it; one finds the Court of Appeal of Palermo, which did not differ from the conclusion that the requisition was *intra vires*, ruling that it was unlawful as falling into the recognized category of administrative law of acts of *"eccesso di potere"*. Furthermore, here was an act belong-

detto decreto una dichiarazione di illegittimità del provvedimento di requisizione » (« qui considère la décision [du préfet] comme une déclaration d'illégitimité de l'ordonnance de réquisition »). La cour d'appel a estimé que la juridiction inférieure avait simplement voulu dire que *« i vizi del provvedimento di requisizione, rilevati dal Prefetto, sono vizi di merito e non vizi di legittimità »* (« les vices de l'ordonnance de réquisition relevés par le préfet sont des vices de « mérite » et non de « légitimité »); elle a jugé que cette conclusion était inexacte parce qu'il était clair, à son avis, que le préfet avait constaté dans ses motifs *« un tipico caso di eccesso di potere, che è, come è noto, un vizio di legittimità dell'atto amministrativo »* (« un cas typique d'excès de pouvoir qui, comme on le sait, constitue un vice de légitimité de l'acte administratif »). Dans son arrêt, après être parvenue à cette conclusion, la cour d'appel qualifie la réquisition d'« illicite » *(« illecito »)*. Si la décision du préfet est interprétée comme constatant un excès de pouvoir et comme signifiant dès lors que l'ordonnance était entachée d'un vice de légitimité, cela ne veut pas dire nécessairement et cela ne suffit pas pour qu'on puisse dire, de l'avis de la Chambre, que le préfet ou la cour d'appel de Palerme estimait que l'acte du maire était déraisonnable ou arbitraire.

128. L'arbitraire n'est pas tant ce qui s'oppose à une règle de droit que ce qui s'oppose au règne de la loi. La Cour a exprimé cette idée dans l'affaire du *Droit d'asile*, quand elle a parlé de « l'arbitraire » qui « se substitue au règne de la loi » (*Droit d'asile, arrêt, C.I.J. Recueil 1950*, p. 284). Il s'agit d'une méconnaissance délibérée des procédures régulières, d'un acte qui heurte, ou du moins surprend, le sens de la correction juridique. Dans la décision du préfet ou dans l'arrêt de la cour d'appel de Palerme, rien n'indique que l'ordonnance de réquisition du maire devait être considérée sous cet angle.

129. L'argumentation des Etats-Unis ne se fonde évidemment pas seulement sur les conclusions du préfet et des tribunaux internes. Le conseil des Etats-Unis a estimé pouvoir dire que, d'une manière générale, la réquisition procédait de l'« exercice déraisonnable ou capricieux de l'autorité ». Il faut alors se souvenir de ce qu'était la situation à Palerme au moment de la réquisition: environ huit cents ouvriers d'une seule usine risquaient d'être soudain réduits au chômage. On ne peut pas dire qu'il ait été déraisonnable ou simplement capricieux de la part du maire de s'efforcer d'user des pouvoirs qui lui étaient conférés par la loi pour tenter de faire quelque chose face à une situation difficile et préoccupante. De plus, si l'on se penche sur l'ordonnance de réquisition elle-même, on constate que c'est un instrument dont le texte énonce non seulement les motifs qui sont à son origine, mais aussi les dispositions légales sur lesquelles il se fonde: on constate que, même si elle a été annulée ensuite par le préfet parce que « l'objectif visé par la réquisition ne pouvait être réalisé en pratique par cette ordonnance » (paragraphe 125 ci-dessus), elle n'en relevait pas moins des pouvoirs que le maire de Palerme tenait des dispositions législatives qui y étaient mentionnées; on constate que la cour d'appel de Palerme, qui ne s'est pas écartée de la conclusion

ing to a category of public acts from which appeal on juridical grounds was provided in law (and indeed in the event used, not without success). Thus, the Mayor's order was consciously made in the context of an operating system of law and of appropriate remedies of appeal, and treated as such by the superior administrative authority and the local courts. These are not at all the marks of an "arbitrary" act.

130. The Chamber does not, therefore, see in the requisition a measure which could reasonably be said to earn the qualification "arbitrary", as it is employed in Article I of the Supplementary Agreement. Accordingly, there was no violation of that Article.

* *

131. Finally, the United States claims that there has been a violation by Italy of Article VII of the FCN Treaty. This long and elaborately drafted Article, in four paragraphs, is principally concerned with ensuring the right "to acquire, own and dispose of immovable property or interests therein within the territories of the other High Contracting Party". The full text is as follows:

> "1. The nationals, corporations and associations of either High Contracting Party shall be permitted to acquire, own and dispose of immovable property or interests therein within the territories of the other High Contracting Party upon the following terms:
>
> *(a)* in the case of nationals, corporations and associations of the Italian Republic, the right to acquire, own and dispose of such property and interests shall be dependent upon the laws and regulations which are or may hereafter be in force within the state, territory or possession of the United States of America wherein such property or interests are situated; and
>
> *(b)* in the case of nationals, corporations and associations of the United States of America, the right to acquire, own and dispose of such property and interests shall be upon terms no less favorable than those which are or may hereafter be accorded by the state, territory or possession of the United States of America in which such national is domiciled, or under the laws of which such corporation or association is created or organized, to nationals, corporations and associations of the Italian Republic; provided that the Italian Republic shall not be obligated to accord to nationals, corporations and associations of the United States of America rights in this connection more extensive than those which are or may hereafter be accorded within the territories of such Republic to nationals, corporations and associations of such Republic.

selon laquelle la réquisition relevait des pouvoirs du maire, a décidé qu'elle était illégitime parce qu'elle entrait dans la catégorie reconnue des actes de droit administratif qualifiés d'*« eccesso di potere »*. En outre, il s'agissait là d'un acte entrant dans une catégorie d'actes des pouvoirs publics, pour lequel un recours fondé sur des raisons de droit était prévu par la loi (et dont il a d'ailleurs été fait usage, non sans succès). L'ordonnance du maire a donc été prise sciemment dans le cadre d'un système de droit et de recours qui fonctionnait et elle a été traitée comme telle par l'autorité administrative supérieure et par les juridictions locales. Ce ne sont vraiment pas là les marques d'un acte « arbitraire ».

130. Aussi la Chambre ne voit-elle pas, dans la réquisition, une mesure qui puisse être raisonnablement censée mériter le qualificatif d'« arbitraire », tel qu'il est employé à l'article premier de l'accord complémentaire. Il n'y a donc pas eu violation de cet article.

* *

131. Enfin, les Etats-Unis allèguent qu'il y a eu violation par l'Italie de l'article VII du traité de 1948. Cet article, long et détaillé, qui comporte quatre paragraphes, a surtout pour objet d'assurer le droit d'« acquérir, détenir et céder des biens immobiliers ou des intérêts dans ces biens », « dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante ». En voici le texte intégral :

> « 1. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes pourront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, acquérir, détenir et céder des biens immobiliers ou des intérêts dans ces biens, selon les modalités suivantes :
>
> *a)* dans le cas de ressortissants, de sociétés et d'associations de la République italienne, le droit d'acquérir, de détenir et de céder les biens et intérêts susvisés sera subordonné aux lois et règlements qui sont ou seront en vigueur dans l'Etat, le territoire ou la possession des Etats-Unis d'Amérique où lesdits biens ou intérêts sont situés ; et
>
> *b)* dans le cas de ressortissants, de sociétés et d'associations des Etats-Unis d'Amérique, le droit d'acquérir, de détenir et de céder les biens et intérêts susvisés s'exercera dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux ressortissants, sociétés et associations de la République italienne par l'Etat, le territoire ou la possession des Etats-Unis d'Amérique dans lesquels ces ressortissants ont leur domicile, ou conformément aux lois desquels lesdites sociétés ou associations ont été créées ou continuées, étant entendu que la République italienne ne sera pas tenue d'accorder, à cet égard, aux ressortissants, sociétés et associations des Etats-Unis d'Amérique des droits plus étendus que ceux qui sont ou seront accordés dans les territoires de ladite République à ses propres ressortissants, sociétés et associations.

2. If a national, corporation or association of either High Contracting Party, whether or not resident and whether or not engaged in business or other activities within the territories of the other High Contracting Party, is on account of alienage prevented by the applicable laws and regulations within such territories from succeeding as devisee, or as heir in the case of a national, to immovable property situated therein, or to interests in such property, then such national, corporation or association shall be allowed a term of three years in which to sell or otherwise dispose of such property or interests, this term to be reasonably prolonged if circumstances render it necessary. The transmission or receipt of such property or interests shall be exempt from the payment of any estate, succession, probate or administrative taxes or charges higher than those now or hereafter imposed in like cases of nationals, corporations or associations of the High Contracting Party in whose territory the property is or the interests therein are situated.

3. The nationals of either High Contracting Party shall have full power to dispose of personal property of every kind within the territories of the other High Contracting Party, by testament, donation or otherwise and their heirs, legatees or donees, being persons of whatever nationality or corporations or associations wherever created or organized, whether resident or non-resident and whether or not engaged in business within the territories of the High Contracting Party where such property is situated, shall succeed to such property, and shall themselves or by their agents be permitted to take possession thereof, and to retain or dispose of it at their pleasure. Such disposition, succession and retention shall be subject to the provisions of Article IX and exempt from any other charges higher, and from any restrictions more burdensome, than those applicable in like cases of nationals, corporations and associations of such other High Contracting Party. The nationals, corporations and associations of either High Contracting Party, shall be permitted to succeed, as heirs, legatees and donees, to personal property of every kind within the territories of the other High Contracting Party, left or given to them by nationals of either High Contracting Party or by nationals of any third country, and shall themselves or by their agents be permitted to take possession thereof, and to retain or dispose of it at their pleasure. Such disposition, succession and retention shall be subject to the provisions of Article IX and exempt from any other charges, and from any restrictions, other or higher than those applicable in like cases of nationals, corporations and associations of such other High Contracting Party. Nothing in this paragraph shall be construed to affect the laws and regulations of either High Contracting Party prohibiting or restricting the direct or indirect ownership by

2. Si un ressortissant, une société ou une association de l'une des Hautes Parties contractantes, résidant ou non dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, et y exerçant ou non une activité commerciale ou autre, se trouve, en raison de sa qualité d'étranger et en vertu des lois et règlements en vigueur dans lesdits territoires, mis dans l'impossibilité de succéder comme légataire ou, s'il s'agit d'un ressortissant, comme héritier à des biens immobiliers situés dans lesdits territoires ou à des intérêts dans de tels biens, un délai de trois ans sera accordé audit ressortissant ou à ladite société ou association pour vendre ou aliéner sous toute autre forme lesdits biens ou intérêts; ce délai sera prolongé d'une manière raisonnable si les circonstances l'exigent. La transmission ou l'entrée en possession desdits biens ou intérêts sera exonérée du paiement de tous impôts ou taxes portant sur les mutations immobilières, les successions, les formalités testamentaires ou administratives, plus élevés que ceux qui sont actuellement ou seront dans l'avenir appliqués en pareil cas aux ressortissants, sociétés ou associations de la Haute Partie contractante dans le territoire de laquelle se trouvent les biens ou intérêts en question.

3. Les ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes pourront, à l'intérieur des territoires de l'autre Haute Partie contractante, disposer librement de leurs biens meubles, de quelque nature qu'ils soient, par testament, donation ou de toute autre manière, et leurs héritiers, légataires ou donataires, quelle que soit leur nationalité, s'il s'agit de personnes physiques, et quel que soit le lieu où elles ont été créées ou constituées, s'il s'agit de sociétés ou d'associations, qu'ils résident ou non et qu'ils exercent ou non une activité industrielle ou commerciale dans les territoires de la Haute Partie contractante où se trouvent les biens, succéderont auxdits biens et pourront en prendre possession, soit eux-mêmes, soit par l'entremise de mandataires, et les conserver ou en disposer à leur gré. L'exercice du droit de disposer et d'hériter desdits biens ainsi que d'en conserver la propriété sera subordonné aux dispositions de l'article IX et sera exonéré de tous autres droits plus élevés et de toute restriction plus onéreuse que ceux qui s'appliquent dans des cas similaires aux ressortissants, aux sociétés et aux associations de ladite Haute Partie contractante. Les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes pourront, dans les territoires de l'autre Haute Partie contractante, succéder, en qualité d'héritiers, de légataires ou de donataires, à des biens meubles de toute nature, qui leur auront été transmis à cause de mort ou donnés par des ressortissants de l'une ou de l'autre des Hautes Parties contractantes ou par des ressortissants d'un pays tiers, et pourront prendre possession desdits biens, soit personnellement, soit par l'entremise de mandataires, et les conserver ou en disposer à leur gré. L'exercice du droit de disposer et d'hériter desdits biens ainsi que d'en conserver la propriété sera subordonné aux dispositions de l'ar-

aliens or foreign corporations and associations of the shares in, or instruments of indebtedness of, corporations and associations of such High Contracting Party carrying on particular types of activities.

4. The nationals, corporations and associations of either High Contracting Party shall, subject to the exceptions in paragraph 3 of Article IX, receive treatment in respect of all matters which relate to the acquisition, ownership, lease, possession or disposition of personal property, no less favorable than the treatment which is or may hereafter be accorded to nationals, corporations and associations of any third country."

The Italian text of the opening sentence of paragraph 1 is as follows:

"I cittadini e le persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente avranno facoltà di acquistare, possedere e disporre di beni immobili o di altri diritti reali nei territori dell'altra Alta Parte Contraente alle seguenti condizioni . . ."

132. It was objected by Italy that this Article does not apply at all to Raytheon and Machlett because their own property rights (*"diritti reali"*) were limited to shares in ELSI, and the immovable property in question (the plant in Palermo) was owned by ELSI, an Italian company. The United States contended that "immovable property or interests therein" is a phrase sufficiently broad to include indirect ownership of property rights held through a subsidiary that is not a United States corporation. The argument turned to a considerable extent on the difference in meaning between the English, "interests" and the Italian, *"diritti reali"*. "Interest" in English no doubt has several possible meanings. But since it is in English usage a term commonly used to denote different kinds of rights in land (for example rights such as charges, or easements, and many kinds of "future interests"), it is possible to interpret the English and Italian versions of Article VII as meaning much the same thing; especially as the clause in question is in any event limited to immovable property. The Chamber however has some sympathy with the contention of the United States, as being more in accord with the general purpose of the FCN Treaty. The United States argument is further that Raytheon and Machlett, being the owners of all the shares, were in practice the persons who alone could decide (before the bankruptcy), whether to dispose of the immovable property of the company; accordingly, if the requisition

ticle IX et sera exonéré de tous droits et de toutes restrictions autres et plus élevés que ceux qui sont appliqués dans des cas similaires aux ressortissants, sociétés et associations de ladite autre Haute Partie contractante. Aucune disposition du présent paragraphe ne sera interprétée comme portant atteinte aux lois et règlements de l'une ou l'autre des Hautes Parties contractantes qui dénient aux étrangers ou aux sociétés et associations étrangères ou qui limitent à leur égard le droit de posséder, directement ou indirectement, des parts sociales ou des titres de créances émis par des sociétés et associations de ladite Haute Partie contractante qui exercent certaines activités déterminées.

4. Pour toutes les questions touchant l'acquisition, la propriété, le louage, la possession ou l'aliénation de biens meubles, les ressortissants, sociétés et associations de chacune des Hautes Parties contractantes bénéficieront, sous réserve des exceptions prévues au paragraphe 3 de l'article IX, d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux ressortissants, sociétés et associations d'un pays tiers. »

Le texte italien de la première phrase du paragraphe premier est ainsi libellé :

« I cittadini e le persone giuridiche ed associazioni di ciascuna Alta Parte Contraente avranno facoltà di acquistare, possedere e disporre di beni immobili o di altri diritti reali nei territori dell'altra Alta Parte Contraente alle seguenti condizioni... »

132. L'Italie a objecté que cet article ne s'appliquait pas du tout à Raytheon et Machlett car leurs propres droits réels (*« diritti reali »*) ne portaient que sur des actions de l'ELSI et que les biens immobiliers en question (l'usine de Palerme) avaient pour propriétaire l'ELSI, société italienne. Les Etats-Unis ont fait valoir que les termes *« immovable property or interests therein »* étaient assez généraux pour comprendre la possibilité d'être indirectement titulaire de droits de propriété par l'intermédiaire d'une filiale qui n'était pas une société américaine. Leur argumentation a porté dans une très grande mesure sur la différence de sens entre le terme anglais *« interests »* et les termes italiens *« diritti reali »*. En anglais, le mot *interest* peut sans doute avoir plusieurs sens. Mais comme c'est un mot communément employé en anglais pour désigner différentes sortes de droits sur des biens-fonds (par exemple les hypothèques, les servitudes et les nombreuses espèces de *« future interests »*), on peut interpréter les versions anglaise et italienne de l'article VII comme signifiant sensiblement la même chose, d'autant plus que la clause en question est de toute façon limitée aux biens immobiliers. Toutefois, la Chambre n'est pas insensible à la thèse des Etats-Unis, qu'elle juge plus en accord avec le but général du traité de 1948. Les Etats-Unis soutiennent en outre que Raytheon et Machlett, en tant que propriétaires de toutes les actions, étaient en pratique seules habilitées

did, by triggering the bankruptcy, deprive ELSI of the possibility of disposing of its immovable property, it was really Raytheon and Machlett who were deprived; and allegedly in violation of Article VII.

133. There are however problems in any attempt to apply the provisions of Article VII to the actual facts of this case. First, the protection which paragraph 1 of Article VII affords to this group of rights is not unqualified. The qualification designated *"(a)"* refers to the rights enjoyed by Italian nationals in the territory of the United States of America, which in effect simply subjects Italian nationals to the municipal laws in the United States, and does not concern us. Qualification *"(b)"* does, for this applies to the rights enjoyed by United States nationals in the territory of the Republic of Italy. It is a convoluted qualification because it lays down alternative standards, which standards are themselves then both qualified by the same proviso. The terms governing the rights are to be no less favourable than those which are or may hereafter be accorded by the "state, territory or possession of the United States of America in which such national is domiciled, or under the laws of which such corporation or association is created or organized" — which in the case of Raytheon is the State of Delaware and in the case of Machlett the State of Connecticut — "to nationals, corporations and associations of the Italian Republic". The proviso is:

> "that the Italian Republic shall not be obligated to accord to nationals, corporations and associations of the United States of America rights in this connection more extensive than those which are or may hereafter be accorded within the territories of such Republic to nationals, corporations and associations of such Republic".

134. The Chamber has thus to make the somewhat elaborate juridical calculus which this provision in the FCN Treaty appears to demand for its application. No very cogent evidence was put before the Chamber to show that the application of Italian law in this matter was less favourable than the treatment accorded by Italy to its own nationals, corporations and associations, in Italy. Indeed it appeared that, particularly during the troubled times of 1968, requisitions of Italian companies by the local Mayors had happened rather frequently. The claim must therefore be taken to be that ELSI was given less favourable treatment than might have been enjoyed by an Italian company under the laws of Delaware and Connecticut in similar circumstances. The United States drew attention to texts showing that

> "Under the laws of both Delaware and Connecticut, corporations may be dissolved and their assets sold pursuant to determinations by their boards of directors and shareholders",

à décider (avant la faillite) s'il fallait aliéner l'avoir immobilier de la société; ils en ont déduit que si la réquisition, en déclenchant la faillite, a vraiment privé l'ELSI de la possibilité de disposer de ses biens immobiliers, ce sont en réalité Raytheon et Machlett qui en ont été privées et cela, allèguent-ils, en violation de l'article VII.

133. Cependant toute tentative d'application des dispositions de l'article VII aux faits mêmes de la cause pose des problèmes. Premièrement, la protection que le paragraphe 1 de l'article VII accorde à ce groupe de droits n'est pas sans restrictions. La clause restrictive *a)* se réfère aux droits dont jouissent les ressortissants italiens sur le territoire des Etats-Unis d'Amérique: en fait, elle soumet simplement les ressortissants italiens au droit interne des Etats-Unis, et ne concerne pas la Chambre. La clause restrictive *b)* l'intéresse, car elle s'applique aux droits dont jouissent les ressortissants des Etats-Unis sur le territoire de la République italienne. Il s'agit d'une clause compliquée étant donné qu'elle indique deux critères distincts, mais qui sont ensuite eux-mêmes restreints par une seule et même stipulation. Les conditions régissant les droits doivent être non moins favorables que celles qui sont ou pourront être accordées « aux ressortissants, sociétés et associations de la République italienne » par « l'Etat, le territoire ou la possession des Etats-Unis d'Amérique dans lesquels ces ressortissants ont leur domicile, ou conformément aux lois desquels lesdites sociétés ou associations ont été créées ou constituées », c'est-à-dire, dans le cas de Raytheon, l'Etat du Delaware et, dans celui de Machlett, l'Etat du Connecticut. Cette stipulation est ainsi rédigée:

> « la République italienne ne sera pas tenue d'accorder, à cet égard, aux ressortissants, sociétés et associations des Etats-Unis d'Amérique des droits plus étendus que ceux qui sont ou seront accordés dans les territoires de ladite République à ses propres ressortissants, sociétés et associations ».

134. La Chambre doit donc procéder au calcul juridique assez compliqué dont semble dépendre l'application de cette disposition du traité de 1948. Aucune preuve très convaincante n'a été produite à la Chambre pour établir que l'application du droit italien en la matière était moins favorable que le traitement que l'Italie accorde à ses propres ressortissants, sociétés et associations en Italie. Il semble même que, surtout pendant l'époque troublée de 1968, les réquisitions de sociétés italiennes par les maires aient été assez fréquentes. La demande doit donc être interprétée comme signifiant que le traitement accordé à l'ELSI a été moins favorable que celui dont une société italienne aurait pu bénéficier en vertu des lois du Delaware et du Connecticut dans des circonstances semblables. Les Etats-Unis ont attiré l'attention sur des textes aux termes desquels:

> « En vertu de la législation du Delaware comme de celle du Connecticut, les sociétés peuvent être dissoutes et leurs actifs vendus par décisions de leur conseil d'administration et de leurs actionnaires »,

and that if those States were to take the immovable property of a corporation for a lawful public use, they would have to make compensation; Italy has not disputed these legislative provisions.

135. Secondly, however, even so there remains precisely the same difficulty as in trying to apply Article III, paragraph 2, of the FCN Treaty: what really deprived Raytheon and Machlett, as shareholders, of their right to dispose of ELSI's real property, was not the requisition but the precarious financial state of ELSI, ultimately leading inescapably to bankruptcy. In bankruptcy the right to dispose of the property of a corporation no longer belongs even to the company, but to the trustee acting for it; and the Chamber has already decided that ELSI was on a course to bankruptcy even before the requisition. The Chamber therefore does not find that Article VII of the FCN Treaty has been violated.

* *

136. Having found that the Respondent has not violated the FCN Treaty in the manner asserted by the Applicant, it follows that the Chamber rejects also the claim for reparation made in the submissions of the Applicant.

* * *

137. For these reasons,

THE CHAMBER,

(1) Unanimously,

Rejects the objection presented by the Italian Republic to the admissibility of the Application filed in this case by the United States of America on 6 February 1987;

(2) By four votes to one,

Finds that the Italian Republic has not committed any of the breaches, alleged in the said Application, of the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the Parties signed at Rome on 2 February 1948, or of the Agreement Supplementing that Treaty signed by the Parties at Washington on 26 September 1951.

IN FAVOUR: *President* Ruda; *Judges* Oda, Ago and Sir Robert Jennings;
AGAINST: *Judge* Schwebel.

(3) By four votes to one,

Rejects, accordingly, the claim for reparation made against the Republic of Italy by the United States of America.

IN FAVOUR: *President* Ruda; *Judges* Oda, Ago and Sir Robert Jennings;
AGAINST: *Judge* Schwebel.

et que, au cas où ces Etats priveraient une société de ses biens immobiliers à des fins légitimes d'utilité publique, ils seraient dans l'obligation de l'indemniser; l'Italie n'a pas contesté ces dispositions législatives.

135. Deuxièmement, même ainsi, on se heurte alors précisément à la difficulté que posait la tentative d'application du paragraphe 2 de l'article III du traité: ce qui a effectivement privé Raytheon et Machlett, en tant qu'actionnaires, de leur droit de disposer des biens immobiliers de l'ELSI, ce n'est pas la réquisition mais l'état financier précaire de la société, qui l'a finalement menée à une faillite inévitable. En cas de faillite, le droit de disposer des biens d'une société n'appartient même plus à celle-ci mais au syndic, qui agit en son nom; la Chambre a déjà décidé que l'ELSI allait à la faillite dès avant la réquisition. En conséquence, elle n'estime pas que l'article VII du traité de 1948 a été violé.

* *

136. Ayant déclaré que le défendeur n'a pas violé le traité de 1948 de la manière prétendue par le demandeur, la Chambre rejette aussi, par conséquent, la demande en réparation formulée dans les conclusions du demandeur.

* * *

137. Par ces motifs,

LA CHAMBRE,

1) A l'unanimité,

Rejette l'exception soulevée par la République italienne à la recevabilité de la requête déposée en l'espèce par les Etats-Unis d'Amérique le 6 février 1987;

2) Par quatre voix contre une,

Dit que la République italienne n'a commis aucune des violations, alléguées dans ladite requête, du traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Parties, signé à Rome le 2 février 1948, ni de l'accord complétant ce traité, signé par les Parties à Washington le 26 septembre 1951;

POUR: M. Ruda, *Président*; MM. Oda et Ago, sir Robert Jennings, *juges*;
CONTRE: M. Schwebel, *juge*.

3) Par quatre voix contre une,

Rejette en conséquence la demande en réparation formulée contre la République italienne par les Etats-Unis d'Amérique;

POUR: M. Ruda, *Président*; MM. Oda et Ago, sir Robert Jennings, *juges*;
CONTRE: M. Schwebel, *juge*.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this twentieth day of July, one thousand nine hundred and eighty-nine, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Italy, respectively.

(Signed) José María RUDA,
President.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

Judge ODA appends a separate opinion to the Judgment of the Chamber.

Judge SCHWEBEL appends a dissenting opinion to the Judgment of the Chamber.

(Initialled) J.M.R.
(Initialled) E.V.O.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au palais de la Paix, à La Haye, le vingt juillet mil neuf cent quatre-vingt-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique et au Gouvernement de la République italienne.

Le Président,
(Signé) José María RUDA.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

M. ODA, juge, joint à l'arrêt l'exposé de son opinion individuelle.

M. SCHWEBEL, juge, joint à l'arrêt l'exposé de son opinion dissidente.

(Paraphé) J.M.R.
(Paraphé) E.V.O.

SEPARATE OPINION OF JUDGE ODA

I have voted in favour of the Judgment because I have concluded that Italy has not committed any breach either of the 1948 FCN Treaty or of the 1951 Supplementary Agreement, and that the United States of America's claim for compensation, arising from its allegations relating to such a breach, must accordingly be rejected. However, I came to this conclusion for reasons which are not entirely the same as those underlying the Chamber's Judgment, and feel that it is appropriate for me to state my personal views.

I

The legal proceedings instituted between 1968 and 1975 before the Prefect of Palermo and the Italian courts at three different levels (from the Court of Palermo to the Court of Cassation), that were brought to challenge the requisition order issued by the Mayor of Palermo on 1 April 1968, were initiated by ELSI or, later, by its trustee in bankruptcy, but *not* by Raytheon and Machlett as its shareholders (see Judgment, paras. 41-43). In those proceedings, it was accordingly that company — *not* its shareholders — which alleged that its rights had been breached by acts of the Italian authorities which had been directed against it.

For all that, the United States Government started, in February 1974, to negotiate with the Italian Government with a view to obtaining protection for Raytheon and Machlett (United States corporations) as shareholders, but *not* for ELSI (an Italian corporation) (see Judgment, para. 46). The action of the United States Government in bringing the present case against the Italian Government before the International Court of Justice resulted from its espousal of the cause of Raytheon and Machlett, the shareholders (see United States submissions: Judgment, paras. 10-11). It did *not* espouse the cause of ELSI.

II

The very concept of a joint-stock company embodies a distinction between the corporate entity and the assemblage of shareholders. The fundamental character of the company, particularly with regard to the shareholders' status, was so clearly expounded in the Court's Judgment in the case concerning the *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (New Application)* that it is relevant to quote certain passages from that decision.

OPINION INDIVIDUELLE DE M. ODA

[Traduction]

J'ai voté en faveur de l'arrêt parce que j'ai conclu que l'Italie n'a commis de violation ni du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948, ni de l'accord complémentaire de 1951 et que la demande d'indemnisation que les Etats-Unis d'Amérique fondent sur l'allégation d'une telle violation doit par conséquent être rejetée. Je suis parvenu cependant à cette conclusion pour des raisons qui ne coïncident pas entièrement avec celles sur lesquelles repose l'arrêt de la Chambre et je crois opportun d'exposer mes vues personnelles.

I

Les recours qui ont été exercés entre 1968 et 1975 devant le préfet de Palerme et les tribunaux italiens, à trois niveaux différents (du tribunal de Palerme à la Cour de cassation), afin de contester l'ordonnance de réquisition que le maire de Palerme avait prise le 1er avril 1968, l'ont été par l'ELSI puis par le syndic de faillite, et *non* par Raytheon et Machlett en qualité d'actionnaires (voir arrêt, par. 41-43). Dans ces recours c'était donc ladite société — et *non* ses actionnaires — qui alléguait que ses droits avaient été violés par des actes des autorités italiennes dirigés contre elle.

Malgré tout, le Gouvernement des Etats-Unis a commencé, en février 1974, à négocier avec le Gouvernement italien en vue d'obtenir la protection de Raytheon et Machlett (sociétés des Etats-Unis) en tant qu'actionnaires, et *non* de l'ELSI (société italienne) (voir arrêt, par. 46). C'est après avoir pris fait et cause pour les actionnaires, Raytheon et Machlett, que le Gouvernement des Etats-Unis a introduit devant la Cour internationale de Justice la présente instance contre le Gouvernement italien (voir conclusions des Etats-Unis, arrêt, par. 10-11). Il *n'*a *pas* pris fait et cause pour l'ELSI.

II

La notion même de société par actions implique une distinction entre entité sociale et actionnaires. La caractéristique d'une société anonyme, particulièrement du point de vue du statut des actionnaires, a été si clairement exposée dans l'arrêt rendu par la Cour en l'affaire de la *Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête)* qu'il convient de citer certains passages de cette décision :

"41. . . . The concept and structure of the company are founded on and determined by a firm distinction between the separate entity of the company and that of the shareholder, each with a distinct set of rights. The separation of property rights as between company and shareholder is an important manifestation of this distinction. So long as the company is in existence the shareholder has no right to the corporate assets.

42. It is a basic characteristic of the corporate structure that the company alone, through its directors or management acting in its name, can take action in respect of matters that are of a corporate character. The underlying justification for this is that, in seeking to serve its own best interests, the company will serve those of the shareholder too. Ordinarily, no individual shareholder can take legal steps, either in the name of the company or in his own name . . . [T]he shareholders' rights in relation to the company and its assets remain limited, this being, moreover, a corollary of the limited nature of their liability.

43. . . . [A shareholder] is bound to take account of the risk of reduced dividends, capital depreciation or even loss, resulting from ordinary commercial hazards or from prejudice caused to the company by illegal treatment of some kind.

44. Notwithstanding the separate corporate personality, a wrong done to the company frequently causes prejudice to its shareholders. But the mere fact that damage is sustained by both company and shareholder does not imply that both are entitled to claim compensation . . . [N]o doubt, the interests of the aggrieved are affected, but not their rights. Thus whenever a shareholder's interests are harmed by an act done to the company, it is to the latter that he must look to institute appropriate action; for although two separate entities may have suffered from the same wrong, it is only one entity whose rights have been infringed.

. . . . . .

50. . . . It is to rules generally accepted by municipal legal systems which recognize the limited company whose capital is represented by shares . . . that international law refers. In referring to such rules, the Court cannot modify, still less deform them." (*I.C.J. Reports 1970*, pp. 34, 35 and 37.)

Shareholders' material rights remain confined to the area of participation in the disposal of company profits and, in the event of liquidation, sharing in the residuary property of the company. They may protect those rights by exercising their formal entitlement to vote at shareholders' meetings, thus participating in the management and operation of a company. Indeed, shareholders' rights in relation to the company and its assets are limited as a corollary of the shareholders' limited liability.

Italian company law is drafted in accordance with these general prin-

« 41. ... C'est sur une stricte distinction entre deux entités séparées, la société et l'actionnaire, chacune dotée d'un ensemble de droits distincts, que repose la notion de société anonyme et que se fonde sa structure. La séparation des patrimoines de la société et de l'actionnaire est une manifestation importante de cette distinction. Tant que la société subsiste, l'actionnaire n'a aucun droit à l'actif social.

42. Une des caractéristiques essentielles de la structure de la société anonyme est que la société est la seule à pouvoir agir, par l'intermédiaire de ses administrateurs ou de sa direction intervenant en son nom, pour toute question de caractère social. Cela s'explique fondamentalement par l'idée qu'en défendant ses propres intérêts la société sert aussi ceux des actionnaires. Normalement aucun des actionnaires ne peut intenter une action isolément, que ce soit au nom de la société ou en son nom propre ... [L]es droits des actionnaires à l'égard de la société et de ses biens restent limités, ce qui est d'ailleurs un corollaire du caractère limité de leur responsabilité.

43. ... [Un actionnaire] doit de toute manière prendre en considération le risque d'une baisse des dividendes, d'une dépréciation du capital ou même d'une perte, entraînées par les aléas commerciaux ordinaires ou par un préjudice que subirait la société du fait d'un traitement illicite.

44. Bien que la société ait une personnalité morale distincte, un dommage qui lui est causé atteint souvent ses actionnaires. Mais le simple fait que la société et l'actionnaire subissent l'un et l'autre un dommage n'implique pas que tous deux aient le droit de demander réparation. ... [L]a victime est atteinte dans ses intérêts sans aucun doute, mais non dans ses droits. Ainsi, chaque fois que les intérêts d'un actionnaire sont lésés par un acte visant la société, c'est vers la société qu'il doit se tourner pour qu'elle intente les recours voulus car, bien que deux entités distinctes puissent souffrir d'un même préjudice, il n'en est qu'une dont les droits soient violés.

. . . . . .

50. ... C'est à des règles généralement acceptées par les systèmes de droit interne reconnaissant la société anonyme, dont le capital est représenté par des actions ... que le droit international se réfère. Quand elle fait appel à ces règles, la Cour ne saurait les modifier et encore moins les déformer. » (*C.I.J. Recueil 1970*, p. 34, 35 et 37.)

Les droits dont les actionnaires disposent concrètement restent limités à la répartition des bénéfices de la société et, en cas de liquidation, à la répartition de ce qui reste de son patrimoine. Les actionnaires peuvent protéger ces droits en exerçant leur droit de vote aux assemblées générales et en prenant ainsi part à la gestion et à la marche de la société. Les droits des actionnaires à l'égard de la société et de ses biens sont effectivement limités, ce qui est un corollaire de leur responsabilité limitée.

En Italie, le droit des sociétés est conforme à ces principes généraux

ciples (Italian Civil Code *(Codice civile)*, Arts. 2350 and 2351) as is the company law of other countries (cf. Federal Republic of Germany: Company Law *(Aktiengesetz)*, Arts. 12, 58 (4), 271; France: 1966 Law on Commercial Companies *(Loi nº 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales)*, Arts. 174, 347, 417; Japan: Commercial Code *(Shoho)*, Arts. 241, 293, 425; Switzerland: Code of Obligations *(Code des obligations)*, Arts. 660 and 692).

As the Court explained in 1970, such rights — which have been described as the "direct rights" *("droits propres")* of shareholders — do not connote any right of action on behalf of the corporate entity. On the contrary, they rather constitute rights vis-à-vis that entity. It is in this latter respect that they are protected under domestic laws. If the company or its management fail to respect any of those rights, the shareholders will be entitled to seek certain remedies against the company. Interference with those rights by public authorities may likewise be subject to legal remedy. In other words, shareholders can institute proceedings in domestic courts if there are violations of their "direct rights" as shareholders, such as a denial of their right to benefit from the disposal of company profits or to participate in the shareholders' meeting. Again, a pertinent passage may be quoted from the above-mentioned Judgment:

> "47. The situation is different if the act complained of is aimed at the direct rights *[droits propres]* of the shareholder as such. It is well known that there are rights which municipal law confers upon the latter distinct from those of the company, including the right to any declared dividend, the right to attend and vote at general meetings, the right to share in the residual assets of the company on liquidation. Whenever one of his direct rights is infringed, the shareholder has an independent right of action ... But a distinction must be drawn between a direct infringement of the shareholder's rights, and difficulties or financial losses to which he may be exposed as the result of the situation of the company." (*I.C.J. Reports 1970*, p. 36.)

However, no infringement of any of these rights has been alleged in connection with the events that occurred in Sicily in 1968.

To look at the matter from a slightly different perspective, the shareholders may approve a policy at their meetings, and the company will be responsible for its implementation. While the company will thus be responsible to its shareholders for any failure in that regard, those shareholders cannot claim any rights other than vis-à-vis the company. Accordingly, if it is found that the policy has been thwarted by the controversial act of a third party, there may be grounds for deeming the rights of the company to have been infringed — but not the "direct rights" of the shareholders. It follows that they have no *jus standi* vis-à-vis the third party in question.

*

(Code civil italien *(Codice civile)*, art. 2350 et 2351) et il en va de même du droit des sociétés d'autres pays (voir République fédérale d'Allemagne : loi sur les société *(Aktiengesetz)*, art. 12, 58 (4) et 271 ; France : loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales, art. 174, 347 et 417 ; Japon : Code de commerce *(Shoho)*, art. 241, 293 et 425 ; Suisse : Code des obligations, art. 660 et 692).

Comme la Cour l'a expliqué en 1970, de tels droits — qui ont reçu le nom de « droits propres » *(« direct rights »)* des actionnaires — n'impliquent pas un droit d'agir pour le compte de la personne morale. Au contraire ils constituent plutôt des droits vis-à-vis de celle-ci. C'est à ce dernier titre qu'ils sont protégés par le droit interne. Si la société ou sa direction ne respecte pas un de ces droits, les actionnaires sont fondés à exercer certains recours contre la société. Des voies de droit sont aussi ouvertes en cas d'ingérence des pouvoirs publics dans ces droits. En d'autres termes, les actionnaires peuvent intenter action devant les tribunaux internes s'il y a violation de leurs « droits propres » d'actionnaires, par exemple si leur droit à une part des bénéfices de la société ou leur droit de participer aux assemblées générales ne leur est pas reconnu. Un autre passage pertinent de l'arrêt susmentionné peut être cité :

> « 47. La situation est différente si les actes incriminés sont dirigés contre les droits propres des actionnaires en tant que tels. Il est bien connu que le droit interne leur confère des droits distincts de ceux de la société, parmi lesquels le droit aux dividendes déclarés, le droit de prendre part aux assemblées générales et d'y voter, le droit à une partie du reliquat d'actif de la société lors de la liquidation. S'il est porté atteinte à l'un de leurs droits propres, les actionnaires ont un droit de recours indépendant. ... Il convient toutefois de distinguer entre une atteinte directe aux droits des actionnaires et les difficultés ou pertes financières auxquelles ils peuvent se trouver exposés en raison de la situation de la société. » (*C.I.J. Recueil, 1970*, p. 36).

Or aucune atteinte à l'un quelconque de ces droits n'a été alléguée à propos des événements qui se sont déroulés en Sicile en 1968.

Si l'on envisage la question sous un angle légèrement différent, on dira que, quand les actionnaires approuvent une certaine politique lors de leurs assemblées, la responsabilité de sa mise en œuvre incombe à la société. Celle-ci est responsable devant les actionnaires de tout manquement à cet égard, mais les actionnaires ne peuvent faire valoir de droits qu'envers la société. En conséquence, s'il apparaît que cette politique a été contrecarrée par le fait controversé d'un tiers, on peut estimer que les droits de la société — mais non les « droits propres des actionnaires » — ont été violés. Il s'ensuit que les actionnaires n'ont pas qualité pour agir contre le tiers en question.

*

That general principle of law concerning the rights or status of shareholders, which underlies not only Italian company law but also the company law of some other civil law countries, may not be altered by any treaty aimed at the protection of investments unless that treaty contains some express provision to that end. A question which should therefore be asked is whether Italy and the United States agreed, by means of the 1948 FCN Treaty or the 1951 Supplementary Agreement, to modify such a general principle of law or to grant any additional rights to foreign shareholders. It is difficult to see how an affirmative answer can be given to this question.

The 1948 FCN Treaty and the 1951 Supplementary Agreement guarantee certain rights to United States companies participating in business in Italy (and vice versa). These rights, to which the United States refers in passages of both the Memorial and the Reply that relate to the status of United States companies, are here set forth in full:

(a) "The ... [United States] ... corporations ... shall enjoy, throughout [Italy], rights and privileges with respect to organization of and participation in corporations ... of [Italy] ..." (Art. III (1), first sentence.)

(b) "The ... [United States] ... corporations ... shall be permitted, in conformity with the applicable laws and regulations within [Italy], to organize, control and manage corporations ... of [Italy] for engaging in commercial, manufacturing, processing ... activities." (Art. III (2), first sentence.)

(c) "[The United States corporations] shall receive, within [Italy], the most constant protection and security for their ... property, and shall enjoy in this respect the full protection and security required by international law." (Art. V (1), first sentence.)

(d) "The property of ... [the United States] corporations ... shall not be taken within [Italy] without due process of law and without the prompt payment of just and effective compensation." (Art. V (2), first sentence.)

(d') "The provisions ..., providing for the payment of compensation [as referred to in *(d)* above], shall extend to interests held directly or indirectly by ... [the United States] corporations ... in property which is taken within [Italy]." (Protocol, para. 1.)

(e) "The ... [United States] corporations ... shall within [Italy] receive protection and security with respect to the matters enumerated in [*(c)* and *(d)* above], upon compliance with the applicable laws and regulations, no less than the protection and security which is or may hereafter be accorded to the ... corporations ... of [Italy] and no less than that which is or may

Ce principe général de droit relatif aux droits ou au statut des actionnaires, sur lequel repose le droit des sociétés non seulement en Italie, mais aussi dans plusieurs autres pays de droit civil, ne saurait être modifié par un traité destiné à protéger les investissements, à moins que ce traité ne contienne une disposition expresse à cet effet. Il faut donc se demander si, par la voie du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 ou de l'accord complémentaire de 1951, l'Italie et les Etats-Unis sont convenus de modifier un tel principe général de droit ou d'accorder des droits supplémentaires aux actionnaires étrangers. On voit mal comment répondre à cette question par l'affirmative.

Le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 et l'accord complémentaire de 1951 garantissent certains droits aux sociétés américaines déployant leurs activités en Italie (et vice versa). Ces droits, auxquels les Etats-Unis se réfèrent dans certains passages de leur mémoire et de leur réplique, qu'ils consacrent au statut des sociétés américaines, sont exhaustivement énumérés ci-après:

a) « Les ... sociétés ... [des Etats-Unis] ... jouiront, sur toute l'étendue [de l'Italie], ... des droits et privilèges relatifs à la constitution de sociétés ... de [l'Italie] et à la participation auxdites sociétés... » (Art. III, par. 1, première phrase.)

b) « Les ... sociétés ... [des Etats-Unis] ... seront autorisé[e]s, en conformité des lois et règlements applicables [en Italie], à constituer, contrôler et gérer des sociétés ... de [l'Italie] en vue de poursuivre des activités touchant la fabrication ou la transformation industrielles, ou des activités ... commerciales... » (Art. III, par. 2, première phrase.)

c) « Les [sociétés des Etats-Unis] bénéficieront [en Italie], de la protection et de la sécurité les plus constantes pour ... leurs biens, et [elles] jouiront entièrement, à cet égard, de la protection et de la sécurité exigées par le droit international. » (Art. V, par. 1, première phrase.)

d) « Les ... sociétés ... [des Etats-Unis] ne pourront être privé[e]s de leurs biens [en Italie] qu'après une procédure conforme au droit et moyennant le paiement rapide d'une indemnité réelle et équitable. » (Art. V, par. 2, première phrase.)

d') « Les dispositions [visées à l'alinéa *d)* ci-dessus] ... qui prévoient le paiement d'une indemnité s'appliqueront aux droits que des ... sociétés [des Etats-Unis] possèdent directement ou indirectement sur des biens qui sont expropriés [en Italie]. » (Protocole, par. 1.)

e) « Les ... sociétés ... [des Etats-Unis] qui se conforment aux lois et règlements en vigueur auront droit ... [en Italie] à protection et à sécurité en ce qui concerne les questions mentionnées aux [alinéas *c)* et *d)* ci-dessus]; cette protection et cette sécurité ne devront pas être inférieures à celles qui sont ou seront accordées aux ... sociétés ... de [l'Italie] ni à celles qui sont ou seront accor-

hereafter be accorded to the ... corporations ... of any third country." (Art. V (3), first sentence.)

(f) "The ... [United States] corporations ... shall be permitted to acquire, own and dispose of immovable property or interests therein within [Italy] upon the following terms ..." (Art. VII (1).)

(g) "The ... [United States] corporations ... shall not be subjected to arbitrary or discriminatory measures within [Italy] resulting particularly in: *(a)* preventing their effective control and management of enterprises which they have been permitted to establish or acquire therein; or, *(b)* impairing their other legally acquired rights and interests in such enterprises or in the investments which they have made ... [Italy] undertakes not to discriminate against ... [United States] corporations ... as to their obtaining under normal terms the capital, manufacturing processes, skills and technology which may be needed for economic development." (Supplementary Agreement, Art. I.)

In fact, the granting of these rights to foreign corporations is not unique to the 1948 Treaty between Italy and the United States, as similar provisions are to be found (albeit with some variations) in the FCN treaties which the United States concluded successively with other countries in the post-war period. (The 1948 FCN Treaty with Italy was the second of such treaties to be concluded by the United States, being preceded by the treaty with China (1946) and followed by the treaties with Ireland (1950); Greece, Israel and Denmark (1951); Japan (1953); the Federal Republic of Germany (1954); Iran (1955); the Netherlands and the Republic of Korea (1956); and others.)

*

My interpretation of those provisions is rather different from the one adopted by the Chamber in its Judgment.

Firstly, under Articles III (1) (first sentence) and III (2) (first sentence) of the FCN Treaty, United States nationals (corporations) are guaranteed the enjoyment of "rights and privileges with respect to organization of and participation in corporations" of Italy and are given the right to "organize, control and manage corporations" in Italy (cf., e.g., *Denmark-United States*, Arts. VII (2), VIII (1); *Japan-United States*, Art. VII (1); *Fed. Rep. of Germany-United States*, Art. VII (1); *Netherlands-United States*, Art. VII (1); etc.). Raytheon and Machlett certainly could, in Italy, "organize, control and manage" corporations in which they held 100 per cent of the shares — as in the case of ELSI — but this cannot be taken to mean that those United States corporations, as shareholders of ELSI, can lay claim to any rights other than those rights of shareholders guaranteed to them under Italian law as well as under the general principles of law concerning

dées aux ... sociétés ... d'un pays tiers. » (Art. V, par. 3, première phrase.)

f) « Les ... sociétés ... [des Etats-Unis] pourront [en Italie] acquérir, détenir et céder des biens immobiliers ou des intérêts dans ces biens selon les modalités suivantes... » (Art. VII, par. 1.)

g) « Les ... sociétés ... [des Etats-Unis] ne seront pas soumis[e]s [en Italie] à des mesures arbitraires ou discriminatoires ayant notamment pour effet : *a)* de les empêcher de diriger et de gérer effectivement des entreprises qu'[elles] ont été autorisé[e]s à créer ou à acquérir ; ou *b)* de porter préjudice aux autres droits et intérêts qu'[elles] ont légitimement acquis dans ces entreprises ou dans les investissements qu'[elles] ont effectués ... [L'Italie] s'engage à ne pas faire de discrimination contre les ... sociétés [des Etats-Unis] en ce qui concerne l'obtention, dans des conditions normales, des capitaux, des procédés de fabrication et des connaissances pratiques et techniques dont [elles] peuvent avoir besoin aux fins du développement économique. » (Accord complémentaire, art. I.)

En réalité, l'attribution de ces droits à des sociétés étrangères n'est pas propre au traité de 1948 entre l'Italie et les Etats-Unis : des dispositions semblables figurent (bien qu'avec quelques variantes) dans les traités d'amitié, de commerce et de navigation que les Etats-Unis ont conclus successivement avec d'autres pays pendant la période d'après-guerre. (Le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 avec l'Italie était le deuxième de ces traités ; il a été précédé par le traité conclu avec la Chine (1946) et suivi par les traités conclus avec l'Irlande (1950), la Grèce, Israël et le Danemark (1951), le Japon (1953), la République fédérale d'Allemagne (1954), l'Iran (1955), les Pays-Bas et la République de Corée (1956), et d'autres.)

*

Mon interprétation de ces dispositions diffère sensiblement de celle qu'en donne la Chambre dans son arrêt.

Premièrement, aux termes des premières phrases des paragraphes 1 et 2 de l'article III du traité de 1948, les ressortissants (les sociétés) des Etats-Unis sont assurés de jouir des « droits et privilèges relatifs à la constitution de sociétés » de l'Italie « et à la participation auxdites sociétés » et ils obtiennent le droit de « constituer, contrôler et gérer des sociétés » en Italie. (Comparer, par exemple, avec les traités suivants : *Danemark - Etats-Unis*, art. VII, par. 2, art. VIII, par. 1 ; *Japon - Etats-Unis*, art. VII, par. 1 ; *République fédérale d'Allemagne - Etats-Unis*, art. VII, par. 1 ; *Pays-Bas - Etats-Unis*, art. VII, par. 1.) Certes, Raytheon et Machlett pouvaient, en Italie, « constituer, contrôler et gérer » des sociétés desquelles elles détenaient 100 pour cent des actions — comme dans le cas de l'ELSI — mais cela ne saurait signifier que ces sociétés des Etats-Unis, en tant qu'actionnaires de l'ELSI, puissent revendiquer d'autres droits que les droits d'actionnaires

companies. The rights of Raytheon and Machlett as shareholders of ELSI remained the same and were not augmented by the FCN Treaty. Those rights which Raytheon and Machlett could have enjoyed under the FCN Treaty were not breached by the requisition order, because that order did not affect the "direct rights" of those United States corporations, as shareholders of an Italian company, but was directed at the Italian company of which they remained shareholders.

Secondly, the provisions of Article V (1), (2) and (3) (second sentence) of the FCN Treaty concerning the property of corporations as well as paragraph 1 of the Protocol qualifying Article V (2) of the Treaty (cf., *inter alia*, *Denmark-United States*, Art. VI (1), (3), (5) and Protocol, para. 2; *Japan-United States*, Art. VI (1), (3), (4) and Protocol, para. 2; *Fed. Rep. of Germany-United States*, Art. V (1), (4), (5) and Protocol, para. 5; *Netherlands-United States*, Art. VI (1), (4), (5) and Protocol, para. 6) similarly cannot be seen as entitling the foreign shareholders to "property" (*"beni"* in the Italian text), i.e., ownership of the company's assets or the company itself, or "interests . . . in property" (*"diritti . . . su beni"* in the Italian text).

Thirdly, the provisions of Article VII (1) of the FCN Treaty (cf., e.g., *Denmark-United States*, Art. IX (3), (4), (5); *Japan-United States*, Art. IX (2); *Fed. Rep. of Germany-United States*, Art. IX (2); *Netherlands-United States*, Art. IX (2)) cannot be interpreted as granting to foreign shareholders the right "to acquire, own and dispose of immovable property or interests therein" (*"beni immobili o . . . altri diritti reali"* in the Italian text), which right is made solely available to a company.

Finally, the provisions of Article I of the Supplementary Agreement do not provide foreign shareholders with any special protection against the host country. It is the company, but *not* its shareholders, that is protected against any "arbitrary or discriminatory" measures by the host country (cf., *inter alia*, *Denmark-United States*, Art. VI (4); *Japan-United States*, Art. V (1); *Fed. Rep. of Germany-United States*, Art. V (3); *Netherlands-United States*, Art. VI (3)). In fact, whatever measures were deemed necessary to be taken by virtue of the requisition order of the Mayor of Palermo on 1 April 1968, it was ELSI, a company, *not* Raytheon and Machlett, its shareholders, that was subjected to the allegedly "arbitrary or discriminatory" measures by the Italian authorities.

Can it be presumed that any of these rights guaranteed to United States corporations under the 1948 FCN Treaty (which rights the Judgment extensively expounds in paragraphs 64-135) are relevant to those of Raytheon and Machlett as shareholders of ELSI? The Treaty guarantees the right of United States corporations to hold as much as 100 per cent of the stock of an Italian company. Yet there is no reason to interpret the

que leur garantissent tant la loi italienne que les principes généraux de droit concernant les sociétés. Les droits de Raytheon et Machlett en tant qu'actionnaires de l'ELSI sont restés les mêmes et n'ont pas été augmentés par le traité de 1948. Les droits de ce genre dont Raytheon et Machlett ont pu jouir en vertu du traité n'ont pas été violés par l'ordonnance de réquisition puisque celle-ci n'a pas porté atteinte aux « droits propres » desdites sociétés américaines en tant qu'actionnaires d'une société italienne, mais qu'elle s'adressait à cette société italienne dont elles restaient actionnaires.

Deuxièmement, les dispositions des paragraphes 1, 2 et 3 (seconde phrase) de l'article V du traité de 1948 relatives aux biens des sociétés, ainsi que du paragraphe 1 du protocole, qui précise le paragraphe 2 de l'article V du traité (comparer, par exemple, avec les traités suivants: *Danemark - Etats-Unis*, art. VI, par. 1, 3 et 5, et protocole, par. 2; *Japon-Etats-Unis*, art. VI, par. 1, 3 et 4, et protocole, par. 2; *République fédérale d'Allemagne - Etats-Unis*, art. V, par. 1, 4 et 5, et protocole, par. 5; *Pays-Bas-Etats-Unis*, art. VI, par. 1, 4 et 5, et protocole, par. 6), ne sauraient non plus être considérées comme donnant aux actionnaires étrangers un titre sur des « biens » (*« beni »* dans le texte italien), c'est-à-dire la propriété des avoirs de la société ou de la société elle-même, ou des « droits ... sur des biens » (*« diritti ... su beni »* dans le texte italien).

Troisièmement, les dispositions du paragraphe 1 de l'article VII du traité de 1948 (comparer, par exemple, avec les traités suivants: *Danemark - Etats-Unis*, art. IX, par. 3, 4 et 5; *Japon - Etats-Unis*, art. IX, par. 2; *République fédérale d'Allemagne - Etats-Unis*, art. IX, par. 2; *Pays-Bas-Etats-Unis*, art. IX, par. 2) ne sauraient être interprétées comme accordant à des actionnaires étrangers le droit d'« acquérir, détenir et céder des biens immobiliers ou des intérêts dans ces biens » (*« beni immobili o ... altri diritti reali »* dans le texte italien), car seule une société dispose de ce droit.

Enfin, les dispositions de l'article premier de l'accord complémentaire n'accordent aux actionnaires étrangers aucune protection spéciale contre le pays hôte. C'est la société, et *non* les actionnaires, qui est protégée contre toutes mesures « arbitraires ou discriminatoires » du pays hôte (comparer, par exemple, avec les traités suivants: *Danemark - Etats-Unis*, art. VI, par. 4; *Japon - Etats-Unis*, art. V, par. 1; *République fédérale d'Allemagne - Etats-Unis*, art. V, par. 3; *Pays-Bas - Etats-Unis*, art. VI, par. 3). En fait, quelles que soient les mesures qu'il a pu sembler nécessaire de prendre au moyen de l'ordonnance de réquisition du maire de Palerme, le 1er avril 1968, c'est la société ELSI, et *non* ses actionnaires, Raytheon et Machlett, qui s'est trouvée soumise aux mesures prétendument « arbitraires ou discriminatoires » des autorités italiennes.

Peut-on présumer que l'un quelconque des droits garantis aux sociétés des Etats-Unis par le traité de 1948 (droits qui sont abondamment exposés aux paragraphes 64 à 135 de l'arrêt) intéresse les droits de Raytheon et Machlett en tant qu'actionnaires de l'ELSI? Le traité garantit le droit des sociétés des Etats-Unis de détenir jusqu'à 100 pour cent du capital d'une société italienne. Il n'y a néanmoins aucune raison d'interpréter le traité

FCN Treaty as having granted to those nationals or corporations of one State party that hold shares in a corporation of the other State party any further rights in addition to those to which the same shareholders would have been entitled under Italian law as well as under the general principles of company law.

III

The real issue in the present case relates to ELSI as an Italian corporation controlled by United States corporations (Raytheon and Machlett) or as an enterprise in Italy in which those United States corporations had a substantial interest. If the FCN Treaty is to afford protection to the investments of nationals of one State party in the territory of another State party, this cannot be done by means of the provisions listed above. There are, however, certain provisions in the FCN Treaty which are specifically designed to protect the interests of United States corporations possessing stock or a substantial interest in an Italian corporation or enterprise or, more concretely, the interests of Raytheon and Machlett (United States corporations) as shareholders of ELSI (an Italian company):

(a) "[Italian] [c]orporations . . . organized or participated in by . . . [United States] corporations . . . pursuant to the rights and privileges enumerated in this paragraph, and controlled by such . . . corporations . . . shall be permitted to exercise the functions for which they are created or organized, in conformity with the applicable laws and regulations, upon terms no less favorable than those now or hereafter accorded to corporations . . . that are similarly organized or participated in, and controlled, by . . . corporations . . . of any third country." (Art. III (1), second sentence.)

(b) "[Italian] [c]orporations . . . controlled by . . . [United States] . . . corporations . . . and created or organized under the applicable laws and regulations within [Italy] shall be permitted to engage in [commercial, manufacturing] activities therein, in conformity with the applicable laws and regulations, upon terms no less favorable than those now or hereafter accorded to [Italian] corporations . . . controlled by . . . [Italian] corporations . . ." (Art. III (2), second sentence.)

(c) "[I]n all matters relating to the taking of privately owned enterprises into public ownership and the placing of such enterprises under public control, [Italian] enterprises in which . . . [United States] corporations . . . have a substantial interest shall be accorded, within [Italy], treatment no less favorable than that which is or may hereafter be accorded to similar enterprises in which . . . [Italian] corporations . . . have a substantial interest, and no less favorable than that which is or may hereafter be accorded to simi-

de 1948 comme ayant accordé aux ressortissants ou sociétés de l'un des Etats parties possédant des actions d'une société de l'autre Etat partie des droits autres que ceux dont ces actionnaires auraient été titulaires en vertu du droit italien et des principes généraux du droit des sociétés.

III

Dans la présente affaire, le vrai problème concerne l'ELSI, en tant que société italienne contrôlée par des sociétés américaines (Raytheon et Machlett) ou en tant qu'entreprise située en Italie et dans laquelle ces sociétés américaines avaient un intérêt important. Si le but du traité de 1948 est de protéger les investissements des ressortissants de l'un des Etats parties sur le territoire de l'autre, les dispositions énumérées ci-dessus ne permettent pas d'atteindre ce but. Ce traité contient cependant certaines dispositions tout spécialement destinées à protéger les intérêts des sociétés américaines qui possèdent des actions ou ont un intérêt important dans une société ou entreprise italienne, autrement dit, en l'occurrence, les intérêts de Raytheon et Machlett (sociétés américaines) en tant qu'actionnaires de l'ELSI (société italienne):

a) « Les sociétés [italiennes] qui ont été constituées par des ... sociétés ... [des Etats-Unis] ou dans lesquelles ceux-ci ont des intérêts, conformément aux droits et privilèges énumérés dans le présent paragraphe, et qui sont contrôlées par [lesdites] ... sociétés ... seront autorisées à exercer les activités pour lesquelles elles ont été créées et constituées, en se conformant aux lois et règlements applicables, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux sociétés ... qui ont été constituées d'une manière analogue par des ... sociétés ... d'un pays tiers. » (Art. III, par. 1, seconde phrase.)

b) « Les sociétés [italiennes] ... contrôlées par des ... sociétés [des Etats-Unis] et qui sont créées ou constituées conformément aux lois et règlements en vigueur [en Italie] seront autorisées à y exercer [d]es activités [touchant la fabrication industrielle ou commerciale] en se conformant aux lois et règlements en vigueur, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux sociétés [italiennes] qui sont contrôlées par des ... sociétés [italiennes]... » (Art. III, par. 2, seconde phrase.)

c) « [E]n ce qui concerne les questions relatives à la nationalisation des entreprises privées et au passage de ces entreprises sous le contrôle public, les entreprises [italiennes] dans lesquelles des ... sociétés [des Etats-Unis] ont un intérêt important jouiront, [en Italie], d'un traitement non moins favorable que celui qui est ou sera accordé à des entreprises similaires dans lesquelles des ... sociétés [italiennes] ont un intérêt important, et non moins favorable que celui qui est ou sera accordé aux entreprises similaires dans

> lar enterprises in which ... [any third country's] corporations . . .have a substantial interest." (Art. V (3), second sentence.)

Such provisions are not unique to this FCN Treaty but are also found in others (cf. *Denmark-United States*, Arts. VI (5), VIII (2); *Japan-United States*, Arts. VI (4), VII (1), (4); *Fed. Rep. of Germany-United States*, Arts. V (5), VII (1), (4); *Netherlands-United States*, Arts. VI (5), VII (1), (4); etc.).

Article III (1) provides *in casu* that the Italian company (ELSI) that was "organized or participated in" and "controlled" by United States corporations (Raytheon and Machlett) was to be permitted to exercise the functions for which it was created or organized upon terms no less favourable than those accorded to corporations that were "organized or participated in" and "controlled" by corporations of any third country.

Article III (2) provides *in casu* that the Italian company (ELSI) that was *"controlled"* by United States corporations (Raytheon and Machlett) was to be permitted to engage in commercial, manufacturing or other activities in Italy in conformity with the applicable laws and regulations upon terms no less favourable than those accorded to Italian corporations controlled by Italians.

Article V (3) provides that in all matters relating to the taking of privately owned enterprises into public ownership and the placing of such enterprises under public control, an enterprise in Italy (ELSI), in which United States corporations (Raytheon and Machlett) had a substantial interest, was to be accorded treatment no less favourable than that accorded to those enterprises in which Italian corporations or any third country's corporations had a substantial interest.

These three provisions are extraordinary provisions, intended to ensure that a firm such as ELSI can still be protected in Italy by the Treaty, despite the fact that it is an Italian company operating in that country. Yet they were ignored by both Parties in the proceedings and the Judgment contains scarcely any reference to them.

*

It is a great privilege to be able to engage in business in a country other than one's own. By being permitted to undertake commercial or manufacturing activities or transactions through businesses incorporated in another country, nationals of a foreign country will obtain further benefits. Yet these local companies, as legal entities of that country, are subject to local laws and regulations; so that foreigners may have to

lesquelles des ... sociétés ... de tout autre pays tiers ont un intérêt important. » (Art. V, par. 3, seconde phrase.)

Ces dispositions ne sont pas propres au traité de 1948, mais figurent aussi dans d'autres traités (comparer, par exemple, avec les traités suivants: *Danemark - Etats-Unis*, art. VI, par. 5, art. VIII, par. 2; *Japon - Etats-Unis*, art. VI, par. 4, art. VII, par. 1 et 4; *République fédérale d'Allemagne-Etats-Unis*, art. V, par. 5, art. VII, par. 1 et 4; *Pays-Bas - Etats-Unis*, art. VI, par. 5, art. VII, par. 1 et 4).

Le paragraphe 1 de l'article III dispose en l'espèce que la société italienne (l'ELSI), c'est-à-dire l'une de celles qui avaient été « instituées » par des sociétés des Etats-Unis (Raytheon et Machlett), ou dans lesquelles celles-ci avaient des « intérêts » et qui étaient « contrôlées » par elles, devait être autorisée à exercer les activités pour lesquelles elle avait été créée et constituée dans des conditions non moins favorables que celles qui étaient ou seraient accordées aux sociétés « constituées » par des sociétés d'un pays tiers, dans lesquelles celles-ci avaient des « intérêts » et qui étaient « contrôlées » par elles.

Dans l'optique de la présente affaire, le paragraphe 2 de l'article III dispose qu'une société italienne (l'ELSI) qui compte parmi les sociétés *« contrôlées »* par des sociétés des Etats-Unis (Raytheon et Machlett) doit être autorisée à exercer en Italie des activités touchant la fabrication industrielle et des activités commerciales ou autres en se conformant aux lois et règlements en vigueur, dans des conditions non moins favorables que celles qui sont ou seront accordées aux sociétés italiennes contrôlées par des Italiens.

En ce qui concerne les questions relatives à la nationalisation des entreprises privées et au passage de ces entreprises sous le contrôle public, le paragraphe 3 de l'article V dispose qu'une entreprise située en Italie (l'ELSI), dans laquelle des sociétés américaines (Raytheon et Machlett) ont un intérêt important, doit jouir d'un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux entreprises dans lesquelles des sociétés italiennes ou des sociétés de tout pays tiers ont un intérêt important.

Ce ne sont pas là trois dispositions ordinaires; elles sont destinées à garantir qu'une entreprise telle que l'ELSI puisse bénéficier en Italie de la protection du traité, bien que cette société soit italienne et exerce ses activités dans ce pays. Les Parties ont cependant ignoré ces dispositions au cours de la procédure et l'arrêt y fait à peine référence.

*

C'est un grand privilège de pouvoir monter une entreprise dans un pays autre que le sien. Quand les ressortissants d'un pays sont autorisés à mener des activités ou des opérations commerciales ou industrielles par l'intermédiaire d'entreprises constituées dans un autre pays, ils en retirent des avantages supplémentaires. Mais ces sociétés locales, en tant que personnes morales de ce pays, sont soumises aux lois et règlements locaux; il

accept a number of restrictions in return for the advantages of doing business through such local companies.

The Italy-United States FCN Treaty, like some other FCN treaties as mentioned above, nonetheless guarantees security to local companies in which nationals of the other State party have invested, inasmuch as it provides that they must, by virtue of Article III (1) (second sentence), be given treatment no less favourable than that afforded to local companies "organized or participated in" and "controlled" by third-country companies while, by virtue of Article III (2) (second sentence), they are to be given treatment no less favourable than that afforded to local companies "controlled" by local nationals.

Moreover, in matters relating to the "taking of ... enterprises into public ownership and the placing of ... [them] under public control" (Art. V (3), second sentence), that Treaty also guarantees special protection to enterprises in which the corporations of the other State party have a substantial interest. In this respect I would like to point out, as a supplementary explanation, that the verb "take", as expressed by *"espropriare"* in the Italian text, is rendered in the 1956 FCN Treaty between the Federal Republic of Germany and the United States by the German verb *"enteignen"*, which militates against the acceptance of an interpretation of the requisition order of the Mayor of Pal o as amounting to a "taking" of property.

Such local companies or enterprises have dual characteristics in that they are both local corporations or enterprises and, at the same time, corporations specifically controlled by nationals (corporations) of the other State party to the FCN Treaty or enterprises in which those nationals (corporations) have a substantial interest. In view of these characteristics, the State party under whose law the company in question is incorporated is responsible to the other State party for guaranteeing that company's right to exercise the functions for which it was created, on the basis of the most-favoured-nation treatment, or to engage in its business transactions, on the basis of the national treatment; and the State party on whose territory the enterprise is located is responsible to the other State party for affording special protection to that enterprise in the event of its being placed under public control.

*

One could well be led to wonder whether a foreign country (the United States) whose nationals practically controlled the corporation (ELSI) of the host country (Italy) or had a substantial interest in the enterprise (ELSI) in that host country could in fact espouse the cause of that com-

arrive donc que des étrangers doivent accepter un certain nombre de restrictions en contrepartie des avantages que présente la possibilité de faire des affaires par l'intermédiaire de telles sociétés locales.

Le traité de 1948 conclu entre l'Italie et les Etats-Unis, comme certains des autres traités d'amitié, de commerce et de navigation susmentionnés, n'en garantit pas moins la sécurité des sociétés locales dans lesquelles des ressortissants de l'autre Etat partie ont investi des fonds, puisqu'il dispose, à la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article III, que ces sociétés doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux sociétés locales « constituées » par des sociétés d'un pays tiers, ou dans lesquelles celles-ci « ont des intérêts » et qui sont « contrôlées » par elles; en vertu de la seconde phrase du paragraphe 2 de l'article III, ces sociétés doivent bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui qui est accordé aux sociétés locales « contrôlées » par des ressortissants du pays.

De plus, en ce qui concerne les questions relatives à la « nationalisation des entreprises ... et au passage de ces entreprises sous le contrôle public » (seconde phrase du paragraphe 3 de l'article V), le traité garantit aussi spécialement la protection des entreprises dans lesquelles les sociétés de l'autre Etat partie ont un intérêt important. Sur ce point, et à titre d'explication supplémentaire, je ferai observer que le verbe anglais *« to take »*, auquel correspond *« espropriare »* dans le texte italien, est rendu par *« enteignen »* dans le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 entre la République fédérale d'Allemagne et les Etats-Unis, ce qui milite contre l'interprétation selon laquelle l'ordonnance de réquisition du maire de Palerme serait un *« taking »* de biens.

Ces sociétés ou entreprises locales présentent deux caractéristiques : ce sont des sociétés ou entreprises locales et, en même temps, des sociétés qui sont plus particulièrement contrôlées par des ressortissants (ou sociétés) de l'autre Etat partie au traité ou des entreprises dans lesquelles ces ressortissants (ou sociétés) ont un intérêt important. Compte tenu de ces caractéristiques, l'Etat partie sous la législation duquel la société dont il s'agit a été constituée est tenu, envers l'autre Etat partie, de garantir le droit de celle-ci d'exercer les activités pour lesquelles elle a été créée, sur la base du traitement de la nation la plus favorisée, ou le droit de mener ses opérations commerciales sur la base du traitement accordé aux nationaux; l'Etat partie sur le territoire duquel se trouve l'entreprise est tenu envers l'autre Etat partie d'accorder à cette entreprise une protection spéciale dans l'éventualité de son passage sous le contrôle public.

*

On pourrait être amené à se demander si un pays étranger (les Etats-Unis) dont des ressortissants contrôlaient en pratique la société (l'ELSI) du pays hôte (l'Italie), ou avaient un intérêt important dans l'entreprise (l'ELSI) située dans ce pays hôte, pouvait effectivement prendre fait et

pany in a dispute with the latter country. This question brings one up against a paradox.

However, I believe that, by availing itself of Article III (1) (second sentence), Article III (2) (second sentence) and Article V (3) (second sentence) of the 1948 FCN Treaty (which provisions, as I repeat, are not unique to this Treaty), the United States could properly have espoused the cause of ELSI, an Italian company, against the Italian Government. This is why I have referred to these provisions of the FCN Treaty as "extraordinary" and why I believe that the complaint against Italy should have been presented to the Court only in reliance on those provisions which alone protect the interests of United States nationals (Raytheon and Machlett), as shareholders, albeit in an indirect way. The United States failed, however, to frame its Application along those lines, while non-relevant provisions were repeatedly invoked.

To recapitulate, ELSI (an Italian company) and, later, its trustee in bankruptcy, brought municipal legal proceedings to challenge the requisition order of the Mayor of Palermo. It took its case to the highest court in Italy and is accordingly considered to have exhausted all available municipal remedies. Thus the United States could have espoused the cause of ELSI on the grounds of "denial of justice" *if* the judgment of the domestic court of Italy at the highest level had been found to be "manifestly unjust" in its application of the FCN Treaty.

Neither ELSI, nor its trustee in bankruptcy acting on its behalf, so much as invoked the FCN Treaty in those municipal proceedings. (The assertion that the FCN Treaty is non-self-executing could not have been used by ELSI as an excuse for failure to invoke it before the municipal courts of Italy, since enabling legislation had been enacted in that country.) Nor has evidence been brought by the Applicant to show that, as a consequence of the requisition order of 1 April 1968, ELSI received less favourable treatment than any other Italian corporation controlled by nationals of any third country in exercising its functions, or less favourable treatment than that afforded any Italian corporation controlled by Italians; again, supposing that the present case relates to an enterprise placed under public control, no evidence has been brought to show that ELSI was accorded less favourable treatment than any other enterprise.

IV

In conclusion, it appears to me that some arguments employed in this case which has been brought to the Court by the Applicant in an espousal of the cause of Raytheon and Machlett are, unfortunately, based upon a misconception of the provisions of the 1948 FCN Treaty.

Even if the present proceedings had been brought in an espousal of

cause pour cette société dans un différend avec ce dernier pays. La question est paradoxale.

Je crois cependant que, en se prévalant des secondes phrases du paragraphe 1 de l'article III, du paragraphe 2 de l'article III et du paragraphe 3 de l'article V, du traité de 1948 (dispositions qui ne sont pas propres à ce traité, je le répète), les Etats-Unis auraient fort bien pu prendre fait et cause pour l'ELSI, société italienne, devant le Gouvernement italien. C'est pourquoi j'ai dit que ces dispositions du traité de 1948 ne sont pas « ordinaires » et c'est pourquoi j'estime que la réclamation contre l'Italie n'aurait dû être soumise à la Cour qu'en vertu de ces dispositions, qui sont seules à protéger les intérêts des ressortissants des Etats-Unis (Raytheon et Machlett) en leur qualité d'actionnaires, bien que d'une manière indirecte. Mais les Etats-Unis n'ont pas rédigé leur requête dans ce sens; ils ont au contraire invoqué à maintes reprises des dispositions dépourvues de pertinence.

Pour récapituler, l'ELSI (société italienne) puis son syndic de faillite ont exercé des recours dans l'ordre interne pour contester l'ordonnance de réquisition du maire de Palerme. La société a porté l'affaire devant la juridiction la plus élevée de l'Italie et elle est donc censée avoir épuisé tous les recours internes disponibles. Les Etats-Unis auraient donc pu prendre fait et cause pour l'ELSI en alléguant le « déni de justice » *si* la décision judiciaire rendue au niveau le plus élevé de l'ordre judiciaire italien avait été jugée « manifestement injuste » dans son application du traité de 1948.

Ni l'ELSI ni son syndic de faillite agissant pour son compte n'ont même invoqué le traité de 1948 dans ces procédures internes. (Pour se justifier de n'avoir pas invoqué le traité de 1948 devant les tribunaux italiens, l'ELSI n'aurait pas pu affirmer que celui-ci n'était pas d'application directe puisque des dispositions légales avaient été adoptées en Italie pour l'appliquer.) Le demandeur n'a pas non plus présenté de moyen de preuve pour établir que, à la suite de l'ordonnance de réquisition du 1er avril 1968, l'ELSI avait reçu, dans l'exercice de ses activités, un traitement moins favorable que toute autre société italienne contrôlée par des ressortissants d'un pays tiers, ou moins favorable que le traitement accordé à toute société italienne contrôlée par des Italiens; à supposer par ailleurs que la présente affaire concerne une entreprise soumise au contrôle public, il est de fait qu'aucun élément de preuve n'a été présenté pour établir que le traitement accordé à l'ELSI était moins favorable que le traitement accordé à toute autre entreprise.

IV

En conclusion, il me semble que, dans la présente affaire, que le demandeur a portée devant la Cour en prenant fait et cause pour Raytheon et Machlett, celui-ci a malheureusement recouru à certains arguments qu'il a fondés sur une conception erronée des dispositions du traité de 1948.

Même si le demandeur avait introduit la présente instance en prenant

ELSI's cause, by applying the proper provisions which guaranteed ELSI the most-favoured-nation treatment or national treatment, the Applicant would have had to provide sufficient evidence to show that ELSI had been denied justice in the Italian courts. It has failed to do so.

(Signed) Shigeru ODA.

---

fait et cause pour l'ELSI et en faisant application des dispositions appropriées qui garantissaient à l'ELSI le traitement de la nation la plus favorisée ou le traitement accordé aux nationaux, il aurait dû apporter des preuves suffisantes pour établir que l'ELSI avait subi un déni de justice devant les tribunaux italiens, ce qu'il n'a pas fait.

(Signé) Shigeru ODA.

DISSENTING OPINION OF JUDGE SCHWEBEL

The Judgment of the Chamber in my view is sound in two paramount respects which have important implications for the vitality and growth of international law in the areas of its concern.

First, the Judgment applies a rule of reason in its interpretation of the reach of the requirement of the exhaustion of local remedies. It holds not that every possible local remedy must have been exhausted to satisfy the local remedies rule but that, where in substance local remedies have been exhausted, that suffices to meet the requirements of the rule even if it may be that a variation on the pursuit of local remedies in the particular case was not in fact played out. It has of course long been of the essence of the rule of exhaustion of local remedies that local remedies need not be exhausted where there are no effective remedies to exhaust. It may be said that the Chamber has done no more than to reaffirm this established element of the rule. In fact it has reaffirmed it, but in doing so the Judgment makes a contribution to the elucidation of the local remedies rule by indicating that, where the substance of the issues of a case has been definitively litigated in the courts of a State, the rule does not require that those issues also have been litigated by the presentation of every relevant legal argument which any municipal forum might have been able to pass upon, however unlikely in practice the possibilities of reaching another result were. The United States of America submitted that the claims brought by it were admissible since "all reasonable" local remedies had been exhausted; in substance, the Chamber agreed, and rightly so. Its holding thus confines certain prior constructions of the reach of the rule of exhaustion of local remedies to a sensible limit.

Second, the Judgment largely construes the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States and Italy in ways which sustain rather than constrain it as an instrument for the protection of the rights of the nationals, corporations and associations of the United States in Italy and the rights of nationals, corporations and associations of Italy in the United States. Arguments were pressed on the Chamber which, if accepted, would have deprived the Treaty of much of its value. In particular, it was maintained that the Treaty was essentially irrelevant to the claims of the United States in this case, since the measures taken by Italy (notably, the requisition of ELSI's plant and equipment) directly affected not nationals or corporations of the United States but an Italian corporation, ELSI, whose shares happened to be owned by United States corporations whose rights as shareholders were largely outside the scope of the protection afforded by the Treaty. The Chamber did not accept this argument. Nor did it accept the contention that the right to organize, control

OPINION DISSIDENTE DE M. SCHWEBEL

[Traduction]

L'arrêt de la Chambre me paraît judicieux sous deux aspects primordiaux qui ont d'importantes conséquences pour la vitalité et le développement du droit international dans les domaines auxquels il se rapporte.

En premier lieu, l'arrêt applique une règle de raison lorsqu'il indique l'extension de ce qui est requis en matière d'épuisement des voies de recours internes. Il dit, non pas qu'il faut avoir épuisé tous les recours internes, mais que lorsqu'en substance les recours internes ont été épuisés cela suffit pour répondre aux exigences de la règle, même s'il se peut qu'en l'espèce telle ou telle voie de recours n'a pas en fait été utilisée. Depuis longtemps, bien entendu, l'un des aspects essentiels de la règle est qu'on ne peut exiger l'épuisement des recours internes lorsqu'il n'existe pas de recours effectif à épuiser. On pourrait dire que la Chambre n'a fait que réaffirmer cet aspect établi de la règle. Elle l'a réaffirmé en effet, mais de telle sorte que l'arrêt contribue à élucider la règle des recours internes en indiquant que, lorsque les éléments d'une affaire ont été nettement examinés au fond par les tribunaux d'un Etat, la règle n'exige pas que ces éléments aient aussi fait l'objet d'un débat judiciaire comportant la présentation de tout argument juridique pertinent sur lequel telle ou telle juridiction interne aurait été habilitée à statuer, aussi faible qu'ait pu être en pratique la possibilité d'aboutir à un résultat différent. Les Etats-Unis d'Amérique ont soutenu que leur demande était recevable puisque « tous les recours internes raisonnables » avaient été épuisés; pour l'essentiel, la Chambre a partagé ce point de vue, et à juste titre. Elle a ainsi ramené à de sages limites certaines interprétations antérieures de l'extension de la règle de l'épuisement des recours internes.

En second lieu, dans une large mesure, l'arrêt interprète le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis et l'Italie d'une façon qui le soutient au lieu de le restreindre en tant qu'instrument pour la protection des droits des ressortissants, sociétés et associations des Etats-Unis en Italie et des droits des ressortissants, sociétés et associations de l'Italie aux Etats-Unis. Des arguments ont été présentés avec insistance qui, s'ils avaient été retenus, auraient privé le traité d'une bonne partie de sa valeur. En particulier, on a soutenu que le traité était, pour l'essentiel, sans rapport avec les réclamations des Etats-Unis en l'espèce, parce que les mesures prises par l'Italie (notamment la réquisition de l'usine de l'ELSI et de son équipement) affectaient directement non pas des ressortissants ou des sociétés des Etats-Unis, mais une société italienne, l'ELSI, dont les actions se trouvaient appartenir à des sociétés américaines dont les droits en tant qu'actionnaires étaient, dans une large mesure, hors du champ de la protection assurée par le traité. La Chambre

and manage a corporation was limited to the founding of a company and the election of its directors and did not include its continuing management; nor that the right to control and manage was unaffected by the requisition of that corporation's plant and equipment. Nor did the Chamber find it necessary to take a position on the claim that the terms of the Treaty must be narrowly construed to embrace an expropriation but not a taking (it rather holds that "this question" does not "have to be resolved in the present case"). These and other preclusive constructions of the Treaty for the most part were put aside by the Chamber.

Moreover, the Chamber's Judgment does not impair the principle of "the most constant protection and security for . . . persons and property" which the Treaty prescribes, and the Treaty's provisions for "the prompt payment of just and effective compensation" for the taking of foreign property are left intact. The meaning of "just and effective compensation" put forth by the United States was not questioned. The United States maintained that, when a State deprives a foreign national of property rights in a business enterprise, "compensation should be based on the full value of the business". Normally, the United States pointed out, the value of a business takes into account its future earnings potential, but, in this case, the United States made no claim for future profits since ELSI was not profit-making. Given the fact of ELSI's requisition as long ago as 1968, and the contention of the United States that that requisition prevented ELSI's orderly liquidation, the United States proposed the book value of ELSI as of that time as the measure of its value, while taking care to emphasize that the United States does not in general view book value as a fair measure of the value of an ongoing enterprise, that, indeed, book value is widely rejected as a sufficient measure of the value of a business enterprise. While these principles went unchallenged, Italy maintained not only that ELSI was deprived of no rights under the Treaty but that in any event it was, in view of its condition, worth far less than book value.

In short, the pertinent provisions of the Treaty have been largely interpreted to give them effect rather than to deprive them of effect. The claims of the United States in this case have not been sustained, but that is not because the Chamber has found against the United States on the law of the Treaty; it has found against the United States on the practical and legal significance to be attached to the facts of the case.

I do not share all of the Chamber's findings, particularly in two salient respects. While agreeing with the Chamber's indication that, prima facie, the requisition of ELSI's plant appears to have deprived Raytheon and Machlett of their entitlement under Article III of the Treaty to "control

n'a pas retenu cet argument. Elle n'a pas accepté non plus la thèse selon laquelle le droit de constituer, contrôler et gérer une société se limitait à la création de l'entreprise et à l'élection de ses administrateurs et qu'il ne s'appliquait pas à sa gestion courante; la Chambre n'a pas considéré non plus que la réquisition de l'usine de cette entreprise et de son équipement était sans effet sur le droit de la contrôler et de la gérer. Elle n'a pas non plus jugé nécessaire de se prononcer sur la thèse suivant laquelle les termes du traité devaient être interprétés restrictivement, de façon à englober une expropriation et non un *taking*, préférant dire que « cette question ... [ne] doit [pas] être résolue en l'espèce ». Cette interprétation, comme la plupart des autres interprétations restrictives du traité, a été laissée de côté par la Chambre.

En outre, l'arrêt de la Chambre ne porte pas atteinte au principe « de la protection et de la sécurité les plus constantes pour [les] personnes et [les] biens », qui est énoncé dans le traité, non plus qu'aux dispositions qui prévoient « le paiement rapide d'une indemnité réelle et équitable » pour les étrangers privés de leurs biens. Le sens donné aux termes « indemnité réelle et équitable » par les Etats-Unis n'a pas été contesté. Les Etats-Unis ont soutenu que, lorsqu'un Etat prive un ressortissant étranger de droits sur les biens d'une entreprise commerciale, « l'indemnisation devrait être fondée sur la valeur totale de l'entreprise ». Les Etats-Unis ont souligné que, normalement, pour déterminer la valeur d'une entreprise, on tient compte de ses gains potentiels mais, en l'occurrence, ils n'ont pas présenté de demande concernant des bénéfices futurs, puisque l'ELSI ne faisait pas de bénéfices. Etant donné que la réquisition remonte à 1968 et que les Etats-Unis soutiennent qu'elle a empêché la liquidation régulière de la société, ils ont proposé que, pour mesurer la valeur de l'ELSI, on prenne sa valeur comptable à ce moment-là, sans omettre de souligner qu'en général les Etats-Unis ne considèrent pas la valeur comptable comme une juste mesure de la valeur d'une entreprise en activité et qu'en fait la valeur comptable est largement écartée parce qu'elle ne donne pas une mesure suffisante de la valeur d'une entreprise. Ces principes n'ont pas été contestés, mais l'Italie a soutenu non seulement que l'ELSI n'avait été privée d'aucun des droits que lui accordait le traité et qu'en toute hypothèse, étant donné sa situation, sa valeur réelle était très inférieure à sa valeur comptable.

En somme, les dispositions pertinentes du traité ont été dans une large mesure interprétées de manière à leur donner effet plutôt qu'à les priver d'effet. Il n'a pas été fait droit aux revendications des Etats-Unis dans cette affaire, mais ce n'est pas parce que la Chambre s'est prononcée contre les Etats-Unis en ce qui concerne le droit découlant du traité; elle s'est prononcée contre les Etats-Unis à l'égard de la signification pratique et juridique qu'il faut attribuer aux faits de la cause.

Je ne partage pas entièrement l'opinion de la Chambre, en particulier sur deux points importants. La Chambre a raison, à mon sens, d'indiquer que de prime abord la réquisition de l'usine de l'ELSI semble avoir privé Raytheon et Machlett du droit que leur conférait l'article III du traité de

and manage" ELSI, I do not agree with the Chamber's conclusion that nevertheless Article III was not violated because, by the time of the requisition, its rights of control and management no longer existed either because the feasibility of an orderly liquidation of ELSI's assets by ELSI at that time has not been sufficiently established or because ELSI's state of insolvency by then entailed an obligation on ELSI to have petitioned for its bankruptcy. Furthermore, I do not share the Chamber's conclusion that the requisition was not an arbitrary act which violated the provision of Article I of the Treaty's Supplementary Agreement providing that the nationals and corporations of the parties "shall not be subjected to arbitrary . . . measures". I concur in the Chamber's classic concept of what is an arbitrary act in international law, but I disagree with its appraisal of the order of requisition and with its interpretation of the pointed holdings of the Prefect and the Palermo Court of Appeal.

Before explaining why I believe these conclusions of the Chamber to be in error, it may be useful to set out certain broader considerations of the purposes and purport of the FCN Treaty to which the Chamber has in my opinion paid insufficient attention.

The Integral Character of the Treaty and its Supplement

A treaty, in the words of Article 2 of the Vienna Convention on the Law of Treaties, may be embodied "in a single instrument or in two or more related instruments". The Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States and Italy consists of a treaty, protocol, additional protocol, and exchanges of notes signed on 2 February 1948, which, in the case of the protocols, expressly provide that they "shall be considered as integral parts of said Treaty", as well as an Agreement Supplementing the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States and Italy signed on 26 September 1951, which equally provides that it shall "constitute an integral part of the said Treaty . . .".

Because of the content of the customary law of treaties reflected in the quoted provision of the Vienna Convention, because of the express provisions of the treaty instruments just quoted, and because of the meaning of the term "integral", i.e., composed of constituent parts making a whole, it is clear that the FCN Treaty and its Supplementary Agreement must be read together as the integral whole which they are proclaimed to be. The Chamber recognizes this conclusion (though counsel for the Respondent maintained that Italy did not). The Chamber could hardly do otherwise. It itself is a creature of a treaty, its Statute, which, the United Nations Charter provides, "forms an integral part of the present Charter". It would be hard to conceive of an argument that nevertheless the Statute and Charter

« contrôler et gérer » l'ELSI, mais je ne suis pas d'accord avec la conclusion de la Chambre selon laquelle l'article III n'aurait néanmoins pas été violé, pour la raison qu'au moment de la réquisition les droits de contrôle et de gestion de Raytheon et Machlett n'existaient plus, soit parce que la possibilité matérielle, pour l'ELSI, de procéder à l'époque à la liquidation régulière des actifs de la société n'a pas été suffisamment établie, soit parce qu'à ce stade l'ELSI était insolvable et aurait dû par conséquent demander à être mise en faillite. Je ne partage pas non plus l'opinion de la Chambre lorsqu'elle conclut que la réquisition n'était pas un acte arbitraire qui violait la disposition de l'article premier de l'accord complétant le traité aux termes de laquelle les ressortissants et les sociétés des parties contractantes « ne seront pas soumis ... à des mesures arbitraires ». La Chambre a retenu la conception classique de ce qui constitue un acte arbitraire en droit international et cette conception me convient, mais je suis en désaccord avec la manière dont la Chambre apprécie l'ordonnance de réquisition et interprète les déclarations fort sévères du préfet et de la cour d'appel de Palerme.

Avant d'expliquer pourquoi je considère que ces conclusions de la Chambre sont erronées, il ne sera peut-être pas inutile de présenter quelques considérations plus générales sur les fins et la portée du traité de 1948, auxquelles la Chambre n'a pas, à mon avis, prêté assez d'attention.

L'intégration de l'accord complémentaire dans le traité

Aux termes de l'article 2 de la convention de Vienne sur le droit des traités, un traité peut être consigné « dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes ». Le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis et l'Italie se compose d'un traité, d'un protocole, d'un protocole additionnel et d'échanges de notes signés le 2 février 1948, qui, dans le cas des protocoles, disposent expressément qu'ils « seront considérés comme faisant partie intégrante du traité », ainsi que d'un accord complétant le traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis et l'Italie signé le 26 septembre 1951, lequel dispose également qu'il « constituera ... partie intégrante du traité... »

Etant donné le contenu du droit coutumier relatif aux traités reflété dans la disposition précitée de la convention de Vienne, étant donné les dispositions expresses des instruments précités et étant donné le sens de l'expression « partie intégrante », qui se réfère à un tout, il est clair que le traité de 1948 et l'accord qui le complète doivent être considérés comme formant l'un et l'autre le tout intégré qu'ils sont censés former. La Chambre accepte cette conclusion (bien que le conseil du défendeur ait affirmé que l'Italie ne l'acceptait pas). La Chambre pouvait difficilement faire autrement, puisqu'elle est elle-même née d'un traité, le Statut de la Cour, dont il est dit dans la Charte des Nations Unies, qu'il « fait partie intégrante » de la Charte. On voit mal, dans ces conditions, comment on

are not to be interpreted together, as a single instrument forming an integral whole, and harder still to imagine that the Court could accept such an argument.

The Circumstances and Intentions of the Treaty and Supplement

In its pleadings, Italy relied upon the rules of treaty interpretation set forth in Article 31 of the Vienna Convention on the Law of Treaties as reflective of customary international law, a position which was not questioned by the United States. Article 31 provides that, "A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose." It provides that "The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, ... its preamble ..." It specifies that there shall be taken into account, together with the context, "any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions". And it provides in Article 32 that:

> "Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:
>
> *(a)* leaves the meaning ambiguous or obscure; or
> *(b)* leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable."

In the current case, the Parties attached radically different interpretations to the provisions of the Treaty and its Supplementary Agreement which were at issue between them. It is undeniable that, when their conflicting arguments are matched together, the meaning of some of the Treaty's provisions are ambiguous or obscure; indeed, each of the Parties maintained that the opposing interpretation led to results which, if not manifestly absurd, were unreasonable. Thus, according to the Vienna Convention, this is a case in which recourse to the preparatory work and circumstances of the Treaty's conclusion was eminently in order.

What were the circumstances of the conclusion of the Supplementary Agreement which forms an integral part of the Treaty itself? And what does the Treaty's preparatory work and processes of ratification demonstrate its purpose, or a paramount purpose of the Treaty, to be and what light do those processes shed on the interpretation to be attached to its provisions?

According to the content of the relevant Italian parliamentary proceed-

pourrait soutenir que le Statut et la Charte ne doivent pas être interprétés ensemble comme un instrument unique formant un tout intégré, et il est plus difficile encore d'imaginer que la Cour puisse accepter un tel argument.

LE TRAITÉ ET L'ACCORD COMPLÉMENTAIRE : LES CIRCONSTANCES ET LES INTENTIONS

Dans ses exposés, l'Italie s'est fondée sur les règles d'interprétation des traités énoncées à l'article 31 de la convention de Vienne sur le droit des traités comme reflétant le droit international coutumier, position qui n'a pas été contestée par les Etats-Unis. L'article 31 dispose qu'« un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ». Le même article précise qu'« aux fins de l'interprétation d'un traité, le contexte comprend, outre le texte, [le] préambule... » Il ajoute qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte, « de tout accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité ou de l'application de ses dispositions ». Et l'article 32 dispose que :

> « Il peut être fait appel à des moyens complémentaires d'interprétation, et notamment aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu, en vue, soit de confirmer le sens résultant de l'application de l'article 31, soit de déterminer le sens lorsque l'interprétation donnée conformément à l'article 31 :
>
> *a)* laisse le sens ambigu ou obscur ; ou
> *b)* conduit à un résultat qui est manifestement absurde ou déraisonnable. »

Dans la présente affaire, les Parties ont interprété de manière radicalement différente les dispositions du traité et de l'accord complémentaire qui les opposent. Il est indéniable que, lorsqu'on confronte leurs arguments, le sens de certaines dispositions du traité apparaît ambigu ou obscur ; chacune des Parties a même soutenu que l'interprétation opposée à la sienne conduisait à des résultats qui étaient, sinon manifestement absurdes, du moins déraisonnables. Dès lors, selon la convention de Vienne susmentionnée, il s'agit d'une affaire où il est tout à fait indiqué de recourir aux travaux préparatoires et aux circonstances dans lesquelles le traité a été conclu.

Quelles étaient les circonstances dans lesquelles a été conclu l'accord complémentaire qui fait partie intégrante du traité lui-même ? Quel est, d'après les travaux préparatoires et les procédures de ratification, le but, ou un but essentiel, du traité et en quoi ces procédures éclairent-elles l'interprétation qu'il faut donner à ses dispositions ?

D'après les travaux parlementaires italiens pertinents qui ont été portés

ings placed before the Chamber — proceedings which contain authentic evidence of the intentions of the Parties in concluding the Treaty and its Supplementary Agreement — Italy proposed conclusion of the Supplementary Agreement in order to meet the ascertained requirements of American investors for capital investment in Italy. The Italian Official Gazette reports, in respect of a Bill for the Ratification and Implementation of the Supplementary Agreement, that the purpose of the Agreement was to encourage "inflows of private capital investment into Italy" and "to create a situation in which foreign investment is secure . . ." (Counter-Memorial of Italy, Annexes, Doc. 9, pp. 1, 2.) It continues:

> "And since 'foreign investment' today means, above all, investment from the United States, we deemed it advisable to remove any obstacle to the inflow of private American capital by concluding a special agreement . . . we now have a much clearer idea of what American investors are looking for, and realize the need for a special treaty . . ." (*Ibid.*, p. 3.)

The report continues that the needs of American investors include:

> "protection of the rights of the American companies . . . in the companies in which they invest; possibility of repatriating invested capital . . . guarantees against discrimination; guarantees against political risks; . . ." (*ibid.*, p. 4).
>
> "What was therefore required was to guarantee the American investors of any of the aforementioned conditions not already guaranteed, as far as possible, while at the same time protecting Italian interests, above all by . . . obtaining direct, long-term as opposed to speculative, productive investment." (*Ibid.*)

The Supplementary Agreement furthermore was intended "to offer investors the maximum freedom of choice in respect of the companies . . . in which they have a financial holding . . ." (*ibid.*, p. 6).

In the debate in the Chamber of Deputies on ratification of the Supplementary Agreement, the spokesman of the Government observed that the first part of that Agreement "is certainly the most important" in referring *inter alia* to investors' "free transfer of capital . . . and their freedom to manage the companies which these natural or legal persons establish or procure" (*ibid.*, Doc. 11, pp. 20-21). One of the forms of American investment which the Agreement was designed to foster is "setting up an industrial plant in Italy under the direct control of the American parent companies . . ." (*ibid.*, p. 24).

The Report to the Senate of Italy summarized the Supplementary Agreement as having the following content:

> "The ruling out of any discriminatory treatment or arbitrary measures to the prejudice of citizens, juridical persons, or asso-

à la connaissance de la Chambre — travaux et procédures qui contiennent le témoignage authentique de ce qu'étaient les intentions des Parties quand elles ont conclu le traité et l'accord complémentaire —, l'Italie a proposé la conclusion de l'accord complémentaire afin de répondre à ce que l'on savait être les conditions auxquelles des investisseurs américains seraient prêts à investir en Italie. A propos d'un projet de loi portant ratification et exécution de l'accord complémentaire, le journal officiel italien indique que le but de l'accord est d'encourager « les investissements privés étrangers en Italie » et de « créer une situation où les investissements étrangers soient en sécurité... » (contre-mémoire de l'Italie, annexes, doc. 9, p. 1 et 2). Le texte poursuit :

> « Et comme aujourd'hui « investissements étrangers » signifie en premier lieu investissements des Etats-Unis, nous avons jugé souhaitable d'éliminer tous les obstacles à l'afflux de capitaux privés américains en concluant ... un accord spécial... [Ces contacts] ... nous ont permis de nous faire une bien meilleure idée de ce que recherchent les investisseurs américains et de nous rendre compte qu'un traité spécial était nécessaire... » (*Ibid.*, p. 3.)

Le rapport cite ensuite parmi les besoins des investisseurs américains :

> « protection des droits des entreprises américaines ... dans les sociétés où elles investissent; possibilité de rapatrier les capitaux investis ... garanties contre la discrimination; garanties contre les risques politiques; ... » (*ibid.*, p. 4).
>
> « Il s'agissait donc de garantir dans notre pays aux investisseurs américains, dans toute la mesure du possible, celles de ces conditions qui ne l'étaient pas déjà, tout en préservant les intérêts italiens, s'agissant surtout ... d'obtenir des investissements directs productifs — et non spéculatifs —, et à long terme. » (*Ibid.*)

L'accord complémentaire avait aussi pour but « d'assurer aux investisseurs la plus grande liberté de choix en ce qui concerne les entreprises ... dans lesquelles ils ont une participation financière... » (*ibid.*, p. 6).

Lors du débat à la Chambre des députés sur la ratification de l'accord complémentaire, le porte-parole du gouvernement a déclaré que la première partie de l'accord était « à coup sûr la plus importante » en ce qu'elle fait notamment référence à « la liberté accordée aux personnes physiques et morales de transférer librement leurs capitaux ... et de gérer les sociétés qu'elles auront créées ou acquises » (*ibid.*, doc. 11, p. 20-21). L'une des formes d'investissement américain que l'accord avait pour but de favoriser était la « création en Italie d'établissements industriels directement contrôlés par les entreprises américaines... » (*ibid.*, p. 24).

Le rapport au Sénat italien résumait le contenu de l'accord complémentaire dans les termes suivants :

> « L'exclusion de tout traitement discriminatoire et de toute mesure arbitraire au préjudice des ressortissants, personnes morales ou asso-

> ciations of Italy or of the United States which operate within the territory of the other State, the possibility of unobstructed control of enterprises, the most liberal possible treatment assured for the transferability of capital, [and] the fiscal concessions are all principles which, suitably supplementing those contained in the Treaty of Friendship ... aid the Italian economy [in particular], insofar as they are aimed at favoring the investment of U.S. capital in Italy." (Memorial of the United States, Annex 89, p. 4.)

The Report of the Secretary of State of the United States which was transmitted to the United States Senate in connection with its advice and consent to ratification of the Supplementary Agreement similarly described the Agreement as containing "amplifications" of the Treaty which, "by rounding out the comprehensive rules governing general economic relations established by that treaty, further encourage private capital investments" (*ibid.*, Annex 88, p. 2).

The truly complementary character of the Supplementary Agreement — the fact that it was designed to "further" encourage investment of private capital which the Treaty as concluded in 1948 was (among other purposes) designed to encourage — was made clear in the process of ratification of that Treaty. Thus the Report of the Committee on Foreign Affairs and Colonies of the Senate of Italy of 28 May 1949 states, in favouring ratification and implementation of the Treaty, that it took account of the Italian economy's "urgent need of foreign capital investment" (Counter-Memorial of Italy, Annexes, Doc. 7, p. 10). The Report observes that, by its terms, the United States have

> "above all attempted to protect themselves ... against the possible onset of discrimination against their interests and possible exclusions or limitations of activity in the Italian market" (*ibid.*, p. 14).

The Report summarizes the most important initial articles of the Treaty as granting "Full rights ... to organize, direct, and control companies ... and to enjoy protection from undue interference ..." (*Ibid.*, p. 7.) Among the Treaty's underlying principles, the Report states, is "in any case fair play" (*ibid.*, p. 4).

The Chamber's Judgment quotes the articles of the Treaty and the Supplementary Agreement at issue between the Parties. It may be added that the Preamble to the Supplementary Agreement speaks not only of the parties' desire to give "added encouragement to investments of the one country in the other country", but also speaks of "the contribution which may be made toward this end by amplification of the principles of equitable treatment set forth in the Treaty ...". Article III of the Supplementary Agreement further prescribes, "Regarding the transferability of capital invested by ... corporations of either High Contracting Party in the territories of the other ... the most liberal treatment practicable." And Article V provides that:

> "there shall be applied to the investments made in Italy the regula-

ciations de l'Italie ou des Etats-Unis qui exercent leurs activités sur le territoire de l'autre Etat, la possibilité de contrôler librement des entreprises, l'application du traitement le plus libéral possible au transfert des capitaux et l'octroi d'avantages fiscaux constituent des principes qui, complétant utilement ceux qui figurent dans le traité d'amitié ..., aident l'économie italienne en particulier dans la mesure où ils ont pour but de favoriser les investissements de capitaux américains en Italie.» (Mémoire des Etats-Unis, annexe 89, p. 4.)

De même, dans le rapport du secrétaire d'Etat des Etats-Unis qui a été transmis au Sénat pour demander l'avis et le consentement de celui-ci aux fins de la ratification de l'accord complémentaire, il était dit que les dispositions de l'accord «élargissent le champ d'application» du traité et que, «en complétant les dispositions très étendues régissant les relations économiques générales établies par ce traité, il encouragera davantage les investissements privés» (*ibid.*, annexe 88, p. 2).

Le caractère vraiment complémentaire de l'accord — le fait qu'il était destiné à encourager «davantage» les investissements privés que le traité, tel qu'il avait été conclu en 1948, avait notamment pour but d'encourager — a été mis en lumière lors de la ratification de ce traité. Ainsi, le rapport de la commission des affaires étrangères et des colonies du Sénat italien en date du 28 mai 1949, favorable à la ratification et à l'exécution du traité, indiquait qu'il était tenu compte des intérêts de l'économie italienne, «qui a besoin d'urgence d'investissements étrangers» (contre-mémoire de l'Italie, annexes, doc. 7, p. 10). Le rapport déclare que, par les dispositions de ce traité, les Etats-Unis ont:

> «avant tout, voulu se protéger ... des possibilités de discrimination contre leurs intérêts ainsi que d'éventuelles exclusions ou limitations d'activités sur le marché italien» (*ibid.*, p. 14).

Résumant les premiers articles — les plus importants — du traité, le rapport indique qu'ils garantissent «pleinement le droit ... de constituer, de diriger, de contrôler des sociétés ... ainsi que la protection contre toute ingérence abusive...» (*ibid.*, p. 7). Parmi les principes fondamentaux du traité, le rapport mentionne le «franc jeu dans tous les cas» (*ibid.*, p. 4).

L'arrêt de la Chambre cite les articles du traité et de l'accord complémentaire sur lesquels les Parties sont divisées. On pourrait ajouter que le préambule de l'accord complémentaire parle non seulement du désir des parties «d'encourager davantage les investissements de chacun des deux pays dans l'autre pays», mais mentionne aussi «l'intérêt que peut présenter à cette fin l'extension des principes de traitement équitable énoncés dans le traité...» De plus, «en ce qui concerne le transfert des capitaux investis par ... des sociétés ... de l'une des Hautes Parties contractantes dans les territoires de l'autre...», l'article III de l'accord complémentaire prescrit «le traitement le plus libéral possible». Et l'article V dispose que:

> «s'appliqueront aux investissements faits en Italie les règlements

tions covering the special advantages set forth in the fields of taxation, customs and transportation rates, for the industrialization of Southern Italy . . .".

It should be noted that, in the entire, lengthy, detailed and repeated consideration of the ratification of the Treaty and its Supplementary Agreement by Italy, and its apparently effortless consideration by the United States, no trace of support may be found for the interpretation that the manifold rights so assured to an American investor in Italy and an Italian investor in the United States were conditioned upon investment being made in a corporation of the investor's nationality. On the contrary, it was assumed and indicated that the foreign investor shall enjoy the benefits of the Treaty and its Supplement, whether he invests in a corporation of his or the other party's nationality. Thus the Supplementary Agreement was meant to guaranty the protection "of the rights of American companies . . . in the companies in which they invest"; it was intended to offer investors "the maximum freedom of choice in respect of the companies . . . in which they have a financial holding"; it was designed to provide for investors' "freedom to manage the companies" which they "establish or procure", and one of the forms of American investment was to be "setting up an industrial plant in Italy under the direct control of the American parent companies . . .".

From the terms of the Treaty and its Supplementary Agreement, and in the light of the intent of those terms as that intent is shown by the quoted excerpts from the processes of the ratification of those instruments, it follows that Raytheon, in investing so heavily in ELSI, did so within a treaty framework which entitled it to expect that:

- it (and ELSI) would enjoy "the principles of equitable treatment set forth in the Treaty" ("in any case fair play");
- it (and ELSI's management) would enjoy "full rights" to organize, to direct, and to control ELSI; i.e., they would enjoy "freedom to manage" ELSI and "unobstructed control" of ELSI and "the maximum freedom of choice" in respect of ELSI;
- it would enjoy "the most liberal treatment practicable" in respect of the repatriation of its invested capital;
- it (and ELSI) would be "guaranteed against political risks"; and
- ELSI would have the benefit of the application to it of the regulations implementing the special advantages respecting taxation, customs and transportation rates for the Mezzogiorno.

The Violation of Raytheon's Right to Control and Manage ELSI

The pivot of the Chamber's conclusion that Italy does not stand in violation of Article III of the Treaty is that, at the time of the issuance of the order of requisition, the right to control and manage ELSI was no longer

relatifs aux avantages spéciaux prévus en matière d'imposition, de douane et de tarifs de transport pour l'industrialisation de l'Italie méridionale... »

Il convient de noter que, dans l'ensemble des débats relatifs à la ratification du traité et de l'accord complémentaire, qui furent longs, détaillés et réitérés en Italie et apparemment aisés aux Etats-Unis, on ne trouve aucune trace d'un soutien quelconque à l'interprétation selon laquelle les multiples droits ainsi garantis aux investisseurs américains en Italie et aux investisseurs italiens aux Etats-Unis auraient pour condition que l'investissement soit fait dans une société ayant la nationalité de l'investisseur. Au contraire, il a été admis et indiqué que l'investisseur étranger jouirait des avantages offerts par le traité et par l'accord complémentaire, qu'il investisse dans une société ayant sa nationalité ou celle de l'autre partie. L'accord complémentaire avait donc pour but de garantir la protection « des droits des entreprises américaines ... dans les sociétés où elles investissent » ; il était destiné à offrir aux investisseurs « la plus grande liberté de choix en ce qui concerne les entreprises ... dans lesquelles ils ont une participation financière » ; il avait pour objet de donner aux investisseurs « la liberté ... de gérer les sociétés qu'ils auront créées ou acquises », et l'une des formes que devaient prendre les investissements américains était la « création en Italie d'établissements industriels directement contrôlés par les entreprises américaines... »

Des termes du traité et de l'accord complémentaire, et à la lumière des intentions des parties telles qu'elles apparaissent dans les textes précités relatifs à la ratification de ces instruments, il ressort qu'en faisant des investissements aussi importants dans l'ELSI, la société Raytheon agissait dans le cadre de relations conventionnelles qui l'autorisaient à penser que :

- elle (et l'ELSI) bénéficieraient des « principes de traitement équitable énoncés dans le traité » (« franc jeu dans tous les cas ») ;
- elle (et la direction de l'ELSI) auraient « pleinement le droit » de constituer, diriger et contrôler l'ELSI ; c'est-à-dire qu'elles jouiraient de « la liberté de gérer » l'ELSI, de la faculté de la « contrôler librement » et de « la plus grande liberté de choix » à l'égard de l'ELSI ;
- elle bénéficierait du « traitement le plus libéral possible » pour le rapatriement des capitaux qu'elle aurait investis ;
- elle (et l'ELSI) seraient « garanties contre les risques politiques » ;
- l'ELSI bénéficierait de l'application des règlements relatifs aux avantages spéciaux prévus en matière d'imposition, de douane et de tarifs de transports pour le Mezzogiorno.

La violation du droit de Raytheon de contrôler et de gérer l'ELSI

La conclusion de la Chambre selon laquelle l'Italie n'a pas violé l'article III du traité a pour pivot l'idée qu'au moment où l'ordonnance de réquisition a été prise le droit de contrôler et de gérer l'ELSI n'était plus

in the hands of ELSI's directors or shareholders but should have been in the hands of a trustee in bankruptcy. The Chamber is correct in saying that the "core claim" advanced by the United States is that the requisition of ELSI was in breach of the right of Raytheon and Machlett to control and manage ELSI and, as a fundamental incident of such control and management, to liquidate its assets. Is the Chamber equally correct in concluding, because of the practicalities of ELSI's financial situation and the legalities of Italian bankruptcy practice, that Raytheon and Machlett in any event were no longer able, as of the date of the requisition, to exercise control and management of ELSI and thus were deprived of no right by an act that otherwise appears to be in breach of Article III of the Treaty?

I believe that this cardinal conclusion of the Chamber's Judgment is incorrect, for the following reasons:

First, it is clear, and accepted by the Chamber, that ELSI was closely advised at all relevant times both as to its increasingly precarious financial situation and the legal consequences of that situation. It and its shareholders acted not in disregard of accounting and legal advice but in accordance with it. The management and shareholders of ELSI were not advised, before the requisition took place, that ELSI was in a financial or legal state of insolvency and that it was therefore required to petition in bankruptcy or otherwise surrender control and management of ELSI. On the contrary, they were advised that ELSI, having regard to its financial situation and the requirements of Italian law, was entitled, as of March 1968, to engage in a liquidation of its assets, in a process to be managed by ELSI itself. This is of course not a decisive consideration, but it is a relevant consideration.

Second, in point of fact, as of the day of the requisition, 1 April 1968, no legal or practical steps had been taken to withdraw the right of control and management from ELSI's directors or shareholders and place it in other hands. Not only was ELSI apparently not in default; not only had ELSI most deliberately not petitioned for bankruptcy; no creditor or public authority took any step to force it into bankruptcy.

Third, in the months, weeks and days before the requisition, negotiations to prevent or forestall the closing of ELSI's plant and the dismissal of its workforce took place between the officers and shareholders of ELSI, on the one hand, and officials of the Government of Italy and of Sicily on the other. Those negotiations were not casual and routine. On the contrary, intensive negotiations involved not only lesser officials of the Italian Government but very senior officials, including the President of Sicily, Ministers of the central Government, and the Prime Minister of Italy himself. The Government of Italy was emphatically and graphically informed of the financial condition of ELSI and of the decision of its shareholders

entre les mains des administrateurs ou des actionnaires de l'ELSI mais qu'il aurait été entre les mains d'un syndic de faillite. La Chambre a raison de dire que le « grief principal » des Etats-Unis est que la réquisition était contraire au droit de Raytheon et Machlett de contrôler et de gérer l'ELSI et — complément fondamental de ce droit — au droit de liquider ses biens. La Chambre a-t-elle également raison de conclure que, à cause des réalités de la situation financière de l'ELSI et des aspects juridiques de la pratique italienne en matière de faillite, Raytheon et Machlett n'étaient de toute façon plus en mesure, à la date de la réquisition, d'exercer le contrôle et la gestion de l'ELSI et que, par conséquent, elles n'ont été privées d'aucun droit par un acte qui, par ailleurs, apparaissait comme une violation de l'article III du traité?

A mon avis, cette conclusion décisive de l'arrêt de la Chambre est erronée pour les raisons suivantes:

Premièrement, il est clair, et la Chambre l'admet, qu'à tous les moments pertinents l'ELSI a été informée avec précision à la fois de sa situation financière de plus en plus précaire et des conséquences juridiques de cette situation. Loin de négliger les avis qui leur étaient donnés sur le plan comptable et juridique, l'ELSI et ses actionnaires s'y sont conformés. La direction et les actionnaires de l'ELSI n'ont pas été avisés, avant que la réquisition n'ait lieu, que l'entreprise était, au point de vue financier ou juridique, en état d'insolvabilité et qu'elle était par conséquent tenue de demander sa mise en faillite ou d'abandonner de quelque autre manière le contrôle et la gestion de l'ELSI. Au contraire, ils ont été informés que l'ELSI, compte tenu de sa situation financière et des exigences du droit italien, pouvait, en mars 1968, entreprendre la liquidation de ses biens, dans le cadre d'une procédure gérée par l'ELSI elle-même. Cette considération n'est assurément pas décisive, mais elle est importante.

Deuxièmement, c'est un fait qu'au jour de la réquisition, le 1er avril 1968, aucune mesure juridique ou pratique n'avait été prise pour ôter aux administrateurs ou aux actionnaires de l'ELSI le droit de contrôler et de gérer la société et pour confier ce droit à quelqu'un d'autre. Non seulement l'ELSI n'était apparemment pas en défaut de paiement, non seulement elle s'était abstenue tout à fait délibérément de demander sa mise en faillite, mais aucun créancier, aucune autorité publique n'avait fait la moindre démarche pour la contraindre à la faillite.

Troisièmement, au cours des mois, des semaines et des jours qui ont précédé la réquisition, des négociations en vue d'éviter ou de retarder la fermeture de l'usine de l'ELSI et le licenciement de son personnel ont eu lieu entre les dirigeants et les actionnaires de l'ELSI d'une part et des représentants du Gouvernement italien et de la région sicilienne d'autre part. Il ne s'agissait pas de négociations occasionnelles et ordinaires mais bien de négociations intensives qui ont eu lieu avec la participation non seulement de fonctionnaires du Gouvernement italien, mais aussi de personnalités de premier plan telles que le président de la région sicilienne, des ministres du gouvernement central et le premier ministre italien lui-

not to invest further capital in its operations. The facts in these regards are summarized in paragraphs 26 to 28 of the Judgment of the Chamber; as the Judgment recounts, Italian authorities nevertheless continued to press ELSI not to close the plant and not to dismiss the workforce as late as 29 March 1968. ELSI was officially warned that, if the plant were to be closed, it would be requisitioned. Even after the requisition of the plant, Italy officially exerted extreme pressure upon ELSI to re-open it, the President of Sicily going so far in a written memorandum as to predict or threaten that liquidation of ELSI would be "absolutely impossible" as long as "the plant is closed". Far from taking the position that ELSI was obligated, by reason of its financial position and the requirements of Italian law, to have petitioned in bankruptcy before the date of the requisition, 1 April 1968, the President of Sicily as late as 19 April 1968 pressed ELSI precisely not to go into bankruptcy. Not only, he warned, would bankruptcy "morally blacken Raytheon's name in Italy and in Europe"; not only would bankruptcy "now" produce for Raytheon "nothing for the assets" and require Raytheon "to pay all the debts"; the Italian banks would force Raytheon eventually to pay ELSI's bank debt and in the meantime would block any foreign exchange permits for transfer of royalties to Raytheon earned by another Italian company in which it had shares, Selenia (Memorial of the United States, Annex 37, pp. 2, 3; Annex 38, pp. 1, 2). On the other hand, if ELSI were to re-open the plant, and if Raytheon were to co-operate with a provisional management company to be organized by IRI and the Region of Sicily, they would be

> "ready to help Raytheon in the meantime to liquidate ELSI through a useful sale in the shortest possible time . . . taking into account the fundamental objective of Raytheon which remains after all the liquidation".

The Prime Minister of Italy, the President of Sicily, and the Ministers concerned of the Government of Italy, presumably acted, and surely must be presumed to have acted, in accordance with the law of Italy. They were aware of ELSI's large debts to Italian banks; they had been informed that ELSI had run out of money and consequently was about to close, or had closed, the plant. Far from indicating that ELSI was obliged to petition in bankruptcy or otherwise surrender control and management, far from indicating that the time for liquidation had passed, far from acting in accordance with such an understanding of the facts or of the law of Italy, they pressed its management to keep the plant open, to employ or re-employ the workforce, to maintain or resume production. That is to say, whether the experts on Italian law presented by Italy in this case are right as to the requirements of Italian law, or whether the experts on Italian law presented by the United States in this case are right as to those require-

même. Le Gouvernement italien a été informé de la façon la plus nette et la plus explicite de la situation financière de l'ELSI et de la décision qu'avaient prise ses actionnaires de ne plus investir de capitaux dans ses opérations. Les faits sont résumés aux paragraphes 26 à 28 de l'arrêt de la Chambre; il y est dit que, le 29 mars 1968 encore, les autorités italiennes ont cependant continué à presser l'ELSI de ne pas fermer l'usine et de ne pas licencier la main-d'œuvre. L'ELSI a été officiellement avisée que, si l'usine était fermée, elle serait réquisitionnée. Même après la réquisition, l'Italie a exercé officiellement une pression extrêmement forte sur l'ELSI pour l'amener à rouvrir l'usine, le président de la région sicilienne allant jusqu'à prédire, ou menacer, dans un mémorandum écrit, que la liquidation de l'ELSI serait « absolument impossible » aussi longtemps que « l'usine sera[it] fermée ». Loin d'affirmer que l'ELSI était dans l'obligation, en raison de sa situation financière et des exigences du droit italien, de demander sa mise en faillite avant le 1er avril 1968, date de la réquisition, le président de la région sicilienne a demandé avec insistance à l'ELSI, le 19 avril 1968 encore, précisément de ne pas entamer une procédure de faillite. Non seulement, a-t-il averti, une faillite « nuira à la réputation de Raytheon en Italie et en Europe », non seulement Raytheon ne retirerait rien « maintenant » de l'« actif » et Raytheon devra « rembourser toutes les dettes », mais en fin de compte les banques italiennes forceraient Raytheon à rembourser les dettes bancaires de l'ELSI et, en attendant, bloqueraient toute autorisation d'achat de devises pour le transfert à Raytheon de redevances émanant de Selenia, autre société italienne dont Raytheon possède des actions (mémoire des Etats-Unis, annexe 37, p. 2 et 3; annexe 38, p. 1 et 2). Par contre, si l'ELSI rouvrait l'usine, et si Raytheon coopérait avec une société de gestion provisoire qui serait constituée par l'IRI et la région sicilienne, ils seraient

> « prêts à aider entre temps Raytheon à liquider l'ELSI grâce à une vente réalisée dans de bonnes conditions et le plus tôt possible ... dans la perspective d'une liquidation, qui reste, après tout, l'objectif fondamental de Raytheon ».

On peut présumer — et il faut d'ailleurs certainement le présumer — que le premier ministre italien, le président de la région sicilienne et lesdits ministres italiens ont agi conformément au droit italien. Ils connaissaient les importantes dettes de l'ELSI envers des banques italiennes; ils avaient été informés que l'ELSI était à court d'argent et, par conséquent, qu'elle était sur le point de fermer, ou avait fermé, l'usine. Loin d'indiquer que l'ELSI était tenue de demander sa mise en faillite ou d'abandonner de quelque autre manière le contrôle et la gestion, loin d'indiquer que le temps de la liquidation était passé, loin d'agir conformément à une telle conception des faits ou du droit italien, ils ont pressé la direction de laisser l'usine ouverte, d'employer le personnel ou de le réembaucher et de maintenir ou de reprendre la production. Autrement dit, que ce soient les spécialistes du droit italien présentés par l'Italie dans la présente affaire qui aient raison au sujet des exigences du droit italien ou que ce soient ceux

ments, it is clear that the "living law" of Italy as of the time of the requisition was inconsistent with the pleading of Italy in the current case and with the acceptance of that plea by the Chamber. Should Italy in 1989 be heard to maintain the opposite of what the highest officials of its Government maintained in 1968? Is the Chamber on sound ground in pivoting its Judgment on such tremulous terrain?

Fourth, not only does the Chamber's cardinal conclusion conflict with the construction of Italian law by Italy's most senior officials at the critical time, it is not fully consistent with the holding of the Court of Appeal of Palermo on which the Chamber relies. That Court, as does the Chamber, concluded that ELSI's bankruptcy was caused not by the requisition but by its prior state of insolvency, finding that "the Company's state of insolvency was decisive and sufficient cause for its failure (Art. 5, Bankruptcy Law)". But did the Court of Appeal of Palermo consequently conclude or imply that ELSI or its shareholders did not enjoy the right to control and manage ELSI or enjoy other rights of ownership by reason of its insolvency immediately prior to the Mayor's intervention and hence were deprived of no such rights by the requisition? Not at all. On the contrary, not only did the Court of Appeal accept that it was "probable that the bankruptcy was requested by the Company itself with the intention of getting out of the very serious situation of operational unavailability created by the requisition". It held (overturning the lower court in this regard) the appeal:

> "to be justified as regards the damages derivable from the operational unavailability of the installation, plant and equipment which are the subject of the requisition order, as a result of the execution of that order".

It accordingly awarded damages for this incident of the requisition, a requisition which it repeatedly characterized as "unlawful". There is ample room to question whether those damages were adequate, but that is beside the immediate point, namely, that the reasoning and conclusion of the Court of Appeal of Palermo in this regard appear to be inconsistent with the Chamber's central reasoning and conclusion. To be sure, the question of depriving ELSI or its shareholders of their right to control and manage ELSI was not the question at issue before the Court of Appeal. The question rather was, what "damages" — and it is significant that the Court employed the very term "damages" *("danni")* — were due to ELSI or its representative (the trustee in bankruptcy) by reason of a requisition of its plant and equipment which had been found to be unlawful? The Court of Appeal held that "damages" were due for the period in which the plant and its equipment were not available to ELSI or its representative but were operationally unavailable by reason of the requisition. Thus the Court of Appeal imported that ELSI or its representative continued as of the date of the requisition and thereafter to have possessory rights in

qu'ont présentés les Etats-Unis, il est clair que le « droit positif » qui avait cours en Italie au moment de la réquisition est incompatible avec la thèse soutenue par l'Italie dans la présente affaire et avec l'acceptation de cette thèse par la Chambre. Faudrait-il admettre qu'en 1989 l'Italie soutienne le contraire de ce que les plus hauts représentants de son gouvernement ont soutenu en 1968? La Chambre est-elle bien fondée à faire reposer son arrêt sur un terrain aussi mouvant?

Quatrièmement, non seulement la conclusion essentielle de la Chambre est en conflit avec l'interprétation du droit italien par les plus hauts représentants de l'Italie au moment critique, mais elle n'est pas entièrement compatible avec la conclusion de la cour d'appel de Palerme sur laquelle la Chambre se base. La cour d'appel, comme le fait la Chambre, a conclu que la faillite de l'ELSI a été causée non par la réquisition, mais par l'état d'insolvabilité où la société se trouvait auparavant, déclarant que « l'état d'insolvabilité de la société a été la cause déterminante et suffisante de sa faillite (article 5 de la loi sur la faillite) ». Mais la cour d'appel de Palerme en a-t-elle conclu, même implicitement, que l'ELSI ou ses actionnaires ne jouissaient pas du droit de contrôler et de gérer l'ELSI, ou d'autres droits de propriété, à cause de l'insolvabilité de celle-ci immédiatement avant l'intervention du maire et que, par conséquent, ils n'avaient pas été privés de tels droits par la réquisition? Nullement. Au contraire, non seulement la cour d'appel a reconnu qu'il était « probable que la société elle-même ait demandé la faillite dans l'intention de sortir de la très grave situation d'indisponibilité créée par la réquisition ». Elle a estimé (donnant tort à cet égard à la juridiction inférieure) que l'appel

> « est justifié en ce qui concerne les dommages découlant de l'impossibilité d'utiliser l'usine, ses installations et son équipement qui ont fait l'objet de l'ordonnance de réquisition, à la suite de l'exécution de cette ordonnance ».

La cour a par conséquent accordé des dommages et intérêts pour cette conséquence d'une réquisition qu'elle a à plusieurs reprises qualifiée d'« illicite ». On peut assurément se demander si ces dommages et intérêts étaient suffisants, mais ce qui compte ici, c'est que le raisonnement et la conclusion de la cour d'appel de Palerme à cet égard ne semblent pas compatibles avec l'essentiel du raisonnement et de la conclusion de la Chambre. Certes, ce n'était pas la question de la perte par l'ELSI ou ses actionnaires de leur droit de contrôler et de gérer la société qui était en litige devant la cour d'appel. Il s'agissait plutôt de fixer les « dommages et intérêts » dus à l'ELSI ou à son représentant (le syndic de faillite) — et il est à noter que la cour a précisément employé l'expression « dommages et intérêts » *(« danni »)* — par suite de la réquisition, qui avait été jugée illégitime, de son usine et de son équipement. La cour d'appel a déclaré que des « dommages et intérêts » étaient dus pour la période pendant laquelle l'usine et son équipement n'étaient pas à la disposition de l'ELSI ou de son représentant et ne pouvaient être utilisés à cause de la réquisition. La décision de la cour d'appel implique donc que l'ELSI ou son repré-

ELSI's plant and equipment of which they had been deprived by the requisition despite its finding of ELSI having been insolvent before the requisition took place. If the Court of Appeal saw ELSI as deprived of no right by the requisition because such right had been dissolved by the prior fact of insolvency and its effects in Italian law, how could it have awarded what is described as "damages" deriving from the requisition?

Fifth, not only did the experts called by the Parties differ in their financial analyses and legal conclusions: the experts of Italy differed between themselves. So uncertain was the insolvency of ELSI as of the date of the requisition that the expert on accountancy who testified for Italy maintained that ELSI was then "on the verge of insolvency" — but not insolvent (at least, in practical terms). This was no slip of the tongue. In his prepared statement to the Chamber of the Court, that expert stated that ELSI "was on the verge of insolvency well before the requisition of the plant on 1 April 1968". He was closely questioned on this statement by the Chamber. He maintained that "the company, at 31 March, was on the verge of insolvency". The President of the Chamber persisted: "But I think that the point is this: was it insolvent, or not? Because it is one position to be on the verge of insolvency, and another to be insolvent." Italy's expert replied:

> "Insolvency is a situation — in French it is *'cessation de paiements'* — where the company cannot pay its liabilities as they fall due. Now, it can be that a supplier does not press for payment, enabling the company to pay off other suppliers earlier and, therefore, the insolvency situation, while technically the company is insolvent, may be prolonged because of the business life of the company. *'Un état de cessation de paiements'* can exist, but until one has gone to the court and actually declared that the company is insolvent, the company can still continue business — which I think was the case of ELSI."

Italy further introduced into evidence a letter of 9 May 1968 (i.e., after ELSI had filed for bankruptcy) written by the Mayor of Palermo to the Director General of the Nato Hawk Management Office in Paris. In speaking of the "irreplaceable" value of ELSI to Sicily's economic life because of its "equipment, facilities, highly skilled labour, a management staff, domestic and foreign commercial relationships ...", the Mayor described Raytheon-Elsi's decisions to close the plant and dismiss the workforce as

> "more like an extreme effort to exert pressure on the central and regional government organs to get the partnership requested rather

sentant continuaient, à la date de la réquisition et par la suite, à avoir un droit de possession sur l'usine et l'équipement de l'ELSI, dont ils avaient été privés par la réquisition, bien que la Cour jugeât que l'ELSI avait été insolvable avant que la réquisition n'intervienne. Si la cour d'appel considérait que l'ELSI n'avait été privée d'aucun droit par la réquisition — l'insolvabilité de la société et ses effets en droit italien lui ayant fait perdre ses droits —, comment a-t-elle pu accorder ce qu'elle appelle des « dommages et intérêts » au titre de la réquisition ?

Cinquièmement, non seulement il y a divergence entre les analyses financières des experts cités par les Parties et les conclusions auxquelles ils parviennent sur le plan juridique, mais même les experts de l'Italie ne sont pas d'accord entre eux. L'insolvabilité de l'ELSI était si incertaine à la date de la réquisition que l'expert en comptabilité qui a déposé pour l'Italie a maintenu que l'ELSI était « au bord de l'insolvabilité » mais n'était pas insolvable (du moins en pratique). Il ne s'agissait pas d'un lapsus. Dans l'exposé préparé à l'avance qu'il a fait devant la Chambre, cet expert a déclaré que l'ELSI « allait être en état d'insolvabilité bien avant la réquisition de l'usine, le 1er avril 1968 ». La Chambre lui a posé des questions précises sur ce point. Il a maintenu que, au 31 mars, « la société allait être en état d'insolvabilité ». Le président de la Chambre a insisté : « Mais je crois que tout est là : était-elle ou non insolvable ? En effet, être sur le point d'être insolvable et être insolvable, ce n'est pas la même chose. » L'expert entendu à la demande de l'Italie a répondu :

> « L'*insolvency* — en français, « cessation de paiements » — c'est la situation dans laquelle une société ne peut pas payer ses dettes à l'échéance. Mais il se peut qu'un fournisseur n'insiste pas pour être payé, ce qui permet à la société de s'acquitter d'abord envers d'autres fournisseurs, si bien que l'état d'insolvabilité peut se prolonger — quoique la société soit techniquement insolvable — aux fins des affaires courantes de la société. Il peut y avoir « état de cessation de paiements » mais, tant qu'on ne s'est pas adressé à un tribunal et que la société n'a pas été effectivement déclarée insolvable, elle peut poursuivre ses affaires. Je pense que c'est ce qui est arrivé dans le cas de l'ELSI. »

Une nouvelle pièce déposée par l'Italie est une lettre écrite le 9 mai 1968 (c'est-à-dire après que l'ELSI eut demandé sa mise en faillite) par le maire de Palerme au directeur général du bureau de gestion des systèmes Hawk de l'OTAN à Paris. Il y est question de la valeur « irremplaçable » de l'ELSI pour la vie économique de la Sicile à cause de ce qu'elle représente en fait d'« équipement, installations, main-d'œuvre hautement qualifiée, personnel de gestion et relations commerciales nationales et étrangères... », et le maire précise que les décisions prises par Raytheon-Elsi de fermer l'usine et de licencier le personnel semblent

> « procéder davantage d'une dernière tentative de pression sur les organes du gouvernement central et du gouvernement régional pour

than like an absolute need arising from an irreversible corporate situation"

— a statement which is inconsonant not only with Italian counsels' depreciation of ELSI's assets but inferentially with the conclusion that ELSI was insolvent in March 1968 and that its bankruptcy was inevitable.

Sixth, and most important, the question of whether ELSI was insolvent as of 1 April 1968 in the last analysis depended upon the policy of its principal shareholder, Raytheon. Raytheon had and has very ample resources relative to those at stake in ELSI. It certainly could have paid all of ELSI's debts and resolved any question of ELSI's insolvency. It cannot be maintained that Raytheon's policy was to pay all of ELSI's debts. If Raytheon had been prepared to continue to pour capital into ELSI, the question of its liquidation would not have arisen. ELSI's financial difficulties came to a head when Raytheon informed it that it was no longer prepared to invest capital in ELSI. It is clear, in particular, that Raytheon was not prepared to pay off the principal on loans which had been extended to ELSI which Raytheon had not guaranteed, though it was prepared, and proved to be punctilious in paying in full, the loans to ELSI which it had guaranteed. But that is not at all to say that Raytheon was not ready and willing to advance such further sums as might be required to permit an orderly liquidation of ELSI's assets.

The United States submitted evidence, which the Chamber accepted, showing that Raytheon had transferred to Italy fresh capital in order to pay off the claims of small creditors. It submitted evidence, which the Chamber has accepted, that Raytheon was prepared to purchase the outstanding accounts receivable of ELSI for 100 per cent of their value; a purchase which would have infused a large sum of cash into ELSI's virtually empty coffers. It further submitted evidence, which does not appear to have been challenged, that, in March 1968, the plant was operating (in so far as strikes permitted) and ELSI was filling orders and that, after the end of March, ELSI was prepared, even with its skeleton workforce, to complete work-in-progress and outstanding orders and to realize a considerable sum thereby. Most important of all, the United States has vigorously maintained that Raytheon was prepared to advance the resources to ELSI required to maintain a sufficient cash flow so that ELSI would have been enabled to implement an orderly liquidation; and the Chamber has accepted this critical contention.

Italy's counsel endeavoured to raise doubt about the existence of this last policy decision of Raytheon, and argued that the Applicant's counsel had presented this contention only at a late stage of the oral proceedings in this case, but not at the outset of them or in its written pleadings, and still less had this critical contention been earlier advanced, as surely it should

obtenir la participation sollicitée que d'un besoin absolu découlant d'une quelconque situation irréversible de la société »

— déclaration qui cadre mal non seulement avec le peu de cas que le conseil de l'Italie a fait de la valeur des actifs de l'ELSI, mais aussi, par conséquent, avec la conclusion que l'ELSI était insolvable en mars 1968 et que sa faillite était inévitable.

Sixièmement, et c'est là ce qui compte le plus, la question de savoir si l'ELSI était insolvable au 1er avril 1968 dépendait en dernière analyse de la ligne de conduite adoptée par son principal actionnaire, Raytheon. Les ressources de cette société étaient et demeurent très importantes par rapport à celles qui étaient en jeu dans l'ELSI. Raytheon aurait certainement pu rembourser toutes les dettes de l'ELSI et régler tous ses problèmes d'insolvabilité. On ne peut pas prétendre que la politique arrêtée par Raytheon était de rembourser toutes les dettes de l'ELSI. Si Raytheon avait été disposée à continuer à apporter des capitaux à l'ELSI, la question de sa liquidation ne se serait pas posée. Les difficultés financières de l'ELSI ont atteint un seuil critique lorsque Raytheon l'a informée qu'elle n'entendait plus y investir de nouveaux capitaux. Il est clair, en particulier, que Raytheon n'était pas disposée à rembourser le capital des emprunts consentis à l'ELSI sans la caution de Raytheon, alors qu'elle était prête à rembourser intégralement — et elle l'a fait — les emprunts qui étaient assortis d'une telle caution. Mais cela ne veut pas dire du tout que Raytheon n'ait pas été prête à avancer les sommes supplémentaires nécessaires pour rendre possible une liquidation régulière des biens de l'ELSI et désireuse de les avancer.

Les Etats-Unis ont démontré, et la Chambre l'a admis, que Raytheon avait transféré en Italie de nouveaux fonds pour désintéresser les petits créanciers. Ils ont démontré, et la Chambre l'a admis, que Raytheon était disposée à acheter à 100 pour cent de leur valeur les effets à recouvrer détenus par l'ELSI, ce qui aurait apporté des liquidités considérables dans les coffres pratiquement vides de l'ELSI. Les Etats-Unis ont aussi fourni des moyens de preuve, qui ne semblent pas avoir été contestés, pour établir qu'en mars 1968 l'usine fonctionnait (pour autant que les grèves le permettaient), que l'ELSI exécutait des commandes et que, après la fin de mars, l'ELSI était prête, même avec son personnel réduit, à achever les travaux en cours et à honorer les commandes reçues, ce qui lui aurait permis d'encaisser des paiements importants. Mais les Etats-Unis ont surtout affirmé avec force que Raytheon était prête à avancer à l'ELSI de quoi disposer de liquidités suffisantes pour pouvoir procéder à une liquidation régulière; et la Chambre a admis cette thèse décisive.

Le conseil de l'Italie s'est efforcé de mettre en doute cette attitude délibérée de Raytheon et il a soutenu que le conseil du demandeur n'avait présenté cette thèse qu'à une phase avancée de la procédure orale, qu'il ne l'avait pas présentée au début de celle-ci, ni dans ses écritures et qu'à fortiori ce moyen décisif n'avait pas été présenté plus tôt, comme il n'aurait

have been if it were in fact justified. This argument of Italy was unfounded, for not only had counsel for the United States made this contention early in oral argument but the trustee in bankruptcy had made it some fifteen years before, as is shown by the judgment of the Court of Appeal of Palermo. That Court observed that:

> "the appellant's line of argument is . . . the stockholders of Raytheon-Elsi, having made good for the losses of prior years would also take action to bring about an orderly and favorable liquidation of the Company, thus forestalling bankruptcy, which instead had become necessary as a result of the requisition order by the Mayor" (Memorial of the United States, Annex 81, p. 15).

It is clear that Raytheon's self-interest called for the adoption and implementation of a policy of providing ELSI with the cash flow required to make an orderly liquidation practicable. For one thing, the spectacle of a Raytheon-owned company going into bankruptcy was one which a leading international corporation of the standing of Raytheon must have wished to avoid — not at all costs clearly, but surely at some cost. Moreover, if the liquidation had been enabled to proceed and succeed by reason of injection of sufficient cash-flow funds, Raytheon not only would have been repaid its fresh advances but would have avoided being called upon to pay at least some and conceivably all of the large loans to ELSI which it had guaranteed. Since rational corporate policy dictated Raytheon's provision of sufficient cash flow, and since the presumption of the reasonable corporation should apply no less than that of the reasonable man, why does it not follow that, by the provision of cash-flow funds, together with the funds to be realized from Raytheon's purchase of accounts receivable and otherwise, ELSI would have been in a position to forestall bankruptcy and perhaps to have avoided it altogether?

The Chamber's Judgment accepts the critical contention that Raytheon would have been prepared to advance cash-flow funds while it nevertheless concludes that, as of the time of the requisition, ELSI was insolvent or, if not, was in any event fast slipping into bankruptcy. Why?

In my view, it reaches this inconsistent conclusion because it muddles time factors and facts.

It is the fact that ELSI, after the requisition, petitioned for bankruptcy, citing the requisition as its cause. That of itself hardly shows that the requisition was the cause of the bankruptcy; the Chamber's conclusions in this regard are clearly correct. Causation in a case such as this is a complex matter, and the requisition can at most only have been one of a number of causes of ELSI's bankruptcy (though it may well have been the immediately precipitating factor). But before the requisition, ELSI had not only not regarded itself as insolvent; not only was ELSI not seen or treated by all the authorities of Italy with which it was intensively dealing as being insolvent; not only had ELSI apparently not defaulted in meeting its obligations; but ELSI was actively planning for the sale of its assets. There was some evidence introduced of interest on the part of prospective foreign

sans doute pas manqué de l'être s'il était réellement fondé. Cet argument de l'Italie ne tient pas : non seulement le conseil des Etats-Unis a soutenu cette thèse vers le début de la procédure orale, mais le syndic de faillite l'a défendue une quinzaine d'années plus tôt, comme le montre l'arrêt de la cour d'appel de Palerme. La cour a noté que :

> « selon cette thèse [de l'appelant], les actionnaires de Raytheon-Elsi, après avoir compensé les pertes des années précédentes, seraient également intervenus pour procéder à une liquidation régulière et favorable de la société, évitant ainsi la faillite que l'ordonnance de réquisition du maire a au contraire rendue nécessaire » (mémoire des Etats-Unis, annexe 81, p. 15).

Il était manifestement dans l'intérêt de Raytheon d'adopter et d'appliquer une politique consistant à fournir à l'ELSI les liquidités nécessaires pour que la liquidation régulière soit possible. Tout d'abord, l'importante société internationale qu'était Raytheon a dû souhaiter éviter — pas à tout prix certes, mais sans doute au prix de quelques sacrifices — le spectacle d'une de ses filiales réduite à la faillite. En outre, si la liquidation avait été rendue possible et avait réussi grâce à l'apport de liquidités suffisantes, Raytheon non seulement aurait récupéré sa nouvelle mise de fonds, mais elle n'aurait pas eu à rembourser une partie, voire la totalité, des gros emprunts contractés par l'ELSI et cautionnés par elle. Comme toute politique raisonnable devait amener Raytheon à fournir des liquidités suffisantes et comme la présomption du comportement raisonnable devrait s'appliquer aux entreprises autant qu'aux individus, pourquoi l'ELSI n'aurait-elle pas été à même de différer la faillite et peut-être de l'éviter tout à fait grâce aux liquidités fournies par Raytheon et au prix payé par elle pour l'achat d'effets à recouvrer et autres titres ?

L'arrêt de la Chambre accepte l'argument décisif suivant lequel Raytheon aurait été prête à avancer des liquidités, mais conclut malgré tout qu'au moment de la réquisition l'ELSI était insolvable ou, du moins, s'acheminait à grands pas vers la faillite. Pourquoi ?

A mon avis, cette conclusion peu cohérente provient de ce qu'on a mélangé la chronologie et les faits.

Il est de fait que l'ELSI, après la réquisition, a demandé sa mise en faillite en invoquant la réquisition comme cause. Cela ne suffit guère à prouver que la réquisition était bien la cause de la faillite ; sur ce point, la Chambre a manifestement raison. Dans une affaire comme celle-ci, les relations de cause à effet sont fort complexes et la réquisition n'a pu être tout au plus que l'u[illegible] des causes de la faillite de l'ELSI (encore qu'elle ait très bien pu l'avoir directement déclenchée). Mais avant la réquisition, l'ELSI non seulement ne se considérait pas comme insolvable, non seulement elle n'était pas considérée ou traitée comme insolvable par les autorités italiennes avec lesquelles elle était en pourparlers très actifs, non seulement elle semble n'avoir jamais manqué à ses obligations, mais elle préparait activement la vente de ses avoirs. Certains éléments de preuve

purchasers. If the requisition had not intervened, and if ELSI's immediate cash-flow requirements actually had been met by Raytheon, thus buying time in order to sell, can it really be held that ELSI would have been forced into bankruptcy, at any rate *when* it was forced into bankruptcy? Surely, or if not surely, then probably, absent the requisition, ELSI would have been able to sell, or contract to sell, some of its assets (in addition to all its accounts receivable, and work-in-progress and inventory); and if it had realized on this ability, ELSI would have received returns which were considerable. Those returns might not have been sufficient to permit ELSI to discharge all of its liabilities as they accrued. But if they turned out not to have been sufficient, and if ELSI at some point had found it necessary to go into bankruptcy, or had been forced into bankruptcy, the losses actually suffered by ELSI and its creditors would have been materially less than they proved to be, and the sums which Raytheon was obliged to pay to ELSI's creditors to whom Raytheon had extended guarantees would have been materially less than they proved to be. This is so not only because such a bankruptcy would have come later than it actually did, absent the triggering factor of the requisition; without the requisition, a trustee in bankruptcy would have had access to the plant and been in a position to sell off its assets months before the actual trustee was able to have such access because of the requisition which blocked access for the six months that it was in force.

Moreover, if the requisition had not intervened and if Raytheon had been permitted to proceed with supplying sufficient cash flow, there would have been incentive for the banks in the time so bought to have reached a settlement with ELSI. For one thing, failure to reach a settlement, if bankruptcy ensued, would, under Italian law, have required the banks to pay back to the trustee in bankruptcy all that ELSI had paid to the banks in the prior year. More than that, it would have made sense for the banks to settle for 40 or 50 per cent of what was due to them than to have precipitated bankruptcy proceedings which eventually produced less than 1 per cent. Arguably the banks believed that, through litigation, they would recover 100 per cent by having Raytheon held responsible for debts of ELSI which Raytheon had not guaranteed. But under Italian law as it then was, such a suit could succeed only if Raytheon could be shown to be ELSI's sole stockholder. Raytheon had never been ELSI's sole stockholder. Until 1967, substantial equity was held by other Italian corporations and, in 1967, when Raytheon bought out that equity, care was taken to ensure that a fraction of the stock was held not by Raytheon but by a company, Machlett, which in turn was owned by Raytheon. Thus the outcome of litigation must have appeared problematical and, in the event, the banks did not succeed in Italian courts in holding Raytheon liable for ELSI's debts.

The Chamber's Judgment concludes that "the possibility" of an orderly

ont été apportés au sujet de l'intérêt manifesté par des acquéreurs étrangers éventuels. Si la réquisition n'avait pas eu lieu et si Raytheon avait effectivement subvenu aux besoins immédiats de liquidités de l'ELSI, ce qui aurait permis de gagner du temps pour vendre, pourrait-on vraiment affirmer que l'ELSI aurait été réduite à la faillite, du moins *au moment* où elle l'a été? Il est sûr, ou du moins probable, qu'en l'absence de réquisition, l'ELSI aurait pu vendre certains de ses avoirs, ou passer des contrats en vue de leur vente (sans parler de tous ses effets à recouvrer, de l'en-cours et des stocks); et si elle avait profité de cette possibilité l'ELSI aurait eu des rentrées importantes. Ces rentrées ne lui auraient peut-être pas permis de s'acquitter de toutes ses obligations au fur et à mesure qu'elles venaient à échéance. Mais même si elles n'avaient pas été suffisantes et que l'ELSI, à un moment ou à un autre, ait jugé nécessaire de déposer son bilan ou ait été forcée de le déposer, les pertes effectivement subies par elle et par ses créanciers auraient été sensiblement inférieures à ce qu'elles ont été, de même que les sommes que Raytheon aurait eu à rembourser aux créanciers de l'ELSI pour les emprunts cautionnés par elle auraient été nettement moins élevées qu'elles ne l'ont été. Ce n'est pas seulement que la faillite se serait produite plus tard si la réquisition n'avait pas eu pour effet de la déclencher, mais, sans cette réquisition, le syndic qui aurait dirigé la faillite aurait eu accès à l'usine et aurait pu liquider les actifs de l'ELSI plusieurs mois avant la date à laquelle le syndic y a eu effectivement accès, l'usine ayant été inaccessible pendant les six mois qu'a duré la réquisition.

En outre, si la réquisition n'avait pas eu lieu et s'il avait été permis à Raytheon de fournir des liquidités suffisantes, les banques, pendant le temps ainsi gagné, auraient été incitées à rechercher un compromis avec l'ELSI. En l'absence de compromis, le droit italien aurait obligé les banques, en cas de faillite, à rembourser au syndic tout ce qu'elles avaient reçu de l'ELSI depuis un an. Qui plus est, il aurait été dans l'intérêt des banques de se contenter de 40 ou 50 pour cent de leurs créances plutôt que de n'obtenir finalement que moins de 1 pour cent dans une procédure précipitée de faillite. On peut soutenir que les banques estimaient qu'en engageant des poursuites judiciaires elles récupéreraient la totalité de leurs créances, pour autant qu'il soit jugé que Raytheon répondait des dettes de l'ELSI dont elle ne s'était pas portée caution. Mais, selon le droit italien de l'époque, un tel procès ne pouvait être gagné que s'il était démontré que Raytheon était le seul actionnaire de l'ELSI, ce qui n'avait jamais été le cas. Jusqu'à 1967, une part importante du capital était détenue par d'autres sociétés italiennes et, en 1967, quand Raytheon a racheté leurs actions, on a veillé à ce qu'une fraction du capital soit détenue non par Raytheon mais par une société, Machlett, qui appartenait elle-même à Raytheon. Dès lors l'issue des procès ne pouvait qu'apparaître problématique et, en fait, les banques n'ont pas réussi à obtenir que les tribunaux italiens déclarent que Raytheon répondait des dettes de l'ELSI.

L'arrêt de la Chambre conclut que «la réalisation» d'une liquidation

liquidation by ELSI "is purely a matter of speculation". I agree that an orderly liquidation would have been beset with uncertainties, but those uncertainties go not so much to ELSI's ability and entitlement to liquidate its assets as to the calculability of the damages which may be found to flow from the denial of that ability and entitlement by the requisition imposed upon ELSI.

In my view, it is unpersuasive for the Chamber to say, in effect, that ELSI would have gone into bankruptcy later if not sooner, and accordingly that the requisition did not matter. It is in this respect that I believe that the Chamber muddles what it finds to be the facts with time factors. At the time the requisition took place, it did matter, it did have the economic effects, or some of the economic effects, just described; and at the time it took place, it deprived Raytheon and Machlett of their right to control and manage and hence liquidate ELSI and it deprived ELSI of its right to be liquidated by a management responsible to Raytheon and Machlett. Accordingly the requisition placed Italy in violation of its obligation under Article III of the Treaty to permit Raytheon and Machlett to "control and manage" ELSI.

This conclusion is the more compelling when the meaning of the Treaty is interpreted in the light of the provisions and ratification processes set out in this opinion. Can it be said that the requisition, imposed as it was when it was, comported with the "full rights" of Raytheon and Machlett to "organize, direct and control" ELSI, that it comported with their "unobstructed control" and "maximum freedom of choice"? Was it consistent with "the principles of equitable treatment" which the Preamble to the Supplementary Agreement describes the Treaty as containing? Was the requisition consonant with assuring to Raytheon "the most liberal treatment practicable" in respect of the repatriation of its invested capital? Did it respect "the guaranty against political risks" which the Treaty as a whole was designed to provide? Not in my view.

THE ARBITRARY MEASURE OF REQUISITION

Was the measure of requisition imposed by the order of the Mayor of Palermo upon ELSI "arbitrary" as that term is found in Article I of the Treaty's Supplementary Agreement?

The Chamber rightly concludes that, even if the requisition did not prevent Raytheon and Machlett from exercising "their effective control and management" of an enterprise, ELSI, which they had been permitted to acquire in Italy (see proviso *(a)* of Art. I, quoted in para. 120 of the Judgment), and even if the requisition did not impair "their other legally acquired rights and interests" in ELSI (proviso *(b)*), the question remains: was the requisition arbitrary? In my view, for the reasons stated in the previous sections of this opinion, the requisition did prevent Raytheon and Machlett from exercising effective control and management of ELSI,

régulière par l'ELSI « est de l'ordre des pures spéculations ». Je reconnais qu'une liquidation régulière aurait été pleine d'incertitudes, mais celles-ci portaient moins sur le point de savoir si l'ELSI pouvait en fait et en droit liquider ses avoirs que sur la possibilité de calculer les préjudices qui ont pu résulter du fait que la réquisition imposée à l'ELSI l'en a empêchée.

La Chambre n'est pas convaincante, selon moi, quand elle déclare qu'en fait l'ELSI aurait fait faillite tôt ou tard et que, par conséquent, la réquisition importait peu. C'est là qu'à mon avis la Chambre confond ce qu'elle considère comme des faits avec des éléments temporels. Au moment où elle a eu lieu, la réquisition importait; elle a eu les effets économiques — ou certains des effets économiques — qui viennent d'être exposés; au moment où elle a eu lieu, elle a privé Raytheon et Machlett de leur droit de contrôler et gérer l'ELSI et, par suite, de liquider la société; elle a aussi privé l'ELSI de son droit d'être liquidée par une direction responsable devant Raytheon et Machlett. La réquisition, a donc fait violer à l'Italie l'obligation que lui imposait l'article III du traité de permettre à Raytheon et Machlett de « contrôler et gérer » l'ELSI.

Cette conclusion s'impose d'autant plus si l'on considère le sens du traité à la lumière des dispositions et des procédures de ratification mentionnées dans la présente opinion. Peut-on dire que la réquisition, vu le moment où elle a été imposée, permettait à Raytheon et Machlett d'avoir « pleinement le droit ... de constituer, de diriger et de contrôler » l'ELSI, qu'elle était compatible avec la faculté de « contrôler librement » l'entreprise et qu'elle assurait « la plus grande liberté de choix »? Etait-elle conforme aux « principes de traitement équitable » qui, comme le dit l'accord complémentaire, sont énoncés dans le traité? La réquisition était-elle en harmonie avec l'engagement d'assurer à Raytheon « le traitement le plus libéral possible » pour le rapatriement des capitaux investis? Respectait-elle « la garantie contre les risques politiques » que le traité dans son ensemble avait pour objet d'assurer? A mon avis, non.

LA MESURE DE RÉQUISITION ARBITRAIRE

La mesure de réquisition imposée à l'ELSI par l'ordonnance du maire de Palerme était-elle « arbitraire » au sens où ce terme est employé à l'article premier de l'accord complétant le traité?

La Chambre conclut à juste titre que, même si la réquisition n'a pas empêché Raytheon et Machlett « de diriger et de gérer effectivement » une entreprise (l'ELSI) qu'elles avaient été autorisées à acquérir en Italie (voir la clause *a)* de l'article premier, citée au paragraphe 120 de l'arrêt) et même si elle n'a pas porté préjudice « aux autres droits et intérêts qu'[elles] ont légitimement acquis » dans l'ELSI (clause *b)*), la question demeure : la réquisition était-elle arbitraire? A mon avis, pour les raisons énoncées dans les sections précédentes de la présente opinion, la réquisition a réellement empêché Raytheon et Machlett de diriger et de gérer effectivement

and it did impair the legally acquired rights and interests of Raytheon and Machlett in ELSI. But even if, *arguendo*, the question of observance by Italy of its obligations under Article I is framed: "Was the measure of requisition imposed by the Mayor's order arbitrary?", that question is, it is believed, unpersuasively answered by the Chamber.

The Chamber acknowledges that the requisition was found to be improperly motivated by the Prefect of Palermo, and unlawful and indeed "a typical case of excess of power" by the Palermo Court of Appeal. It nevertheless concludes that, in these Italian administrative and judicial proceedings, the requisition was not held to be arbitrary, in terms or in substance. It further holds that, even if the requisition had been found in these municipal proceedings to have been arbitrary, that would not be determinative in international law: it would be no more than "a valuable indication". Still relying on its interpretation of what was held in Italian administrative and judicial proceedings, the Chamber holds that the requisition was not arbitrary in the international legal sense, because it was an act opposed to a rule of law rather than to the rule of law. It defines as arbitrariness a wilful disregard of due process of law; holds that the requisition was neither unreasonable nor capricious; and concludes that, since the Mayor's order was made in a context of an operating system of law and of remedies, it was not arbitrary.

The Chamber's reasoning thus turns on three propositions, all of which are in my view unfounded: first, that the Prefect and Palermo Court of Appeal did not find the requisition to be arbitrary; second, that the requisition, in international law, was neither unreasonable nor capricious; and third, that in any event the Italian processes of appeal and redress to which the order of requisition was subject ensured that the order was not arbitrary. These propositions will be considered in turn.

(i) *The rulings of the Prefect and the Court of Appeal*

The Chamber quotes from the Prefect's decision what it characterizes as "the principal passage which is relevant" in the following terms:

> "There is no doubt that, even though, from the purely theoretical standpoint, the conditions of grave public necessity and of unforeseen urgency warranting adoption of the measure may be considered to exist in the case in point, the intended purpose of the requisition could not in practice be achieved by the order itself, since in fact there was no resumption of the company's activity following the requisition, nor could there have been such resumption. The order therefore lacks, generically, the juridical cause which might justify it and make it operative."

l'ELSI et elle a réellement porté préjudice aux droits et intérêts que ces sociétés avaient légitimement acquis dans l'ELSI. Mais j'estime que, même si la question du respect par l'Italie des obligations que lui impose l'article premier est formulée comme suit pour les besoins de l'argumentation: « la mesure de réquisition imposée par l'ordonnance du maire était-elle arbitraire? », la Chambre y a répondu de façon peu convaincante.

La Chambre relève que le préfet de Palerme a déclaré la réquisition irrégulièrement motivée et que la cour d'appel de Palerme a jugé qu'elle était « illégitime » et qu'elle constituait même « un cas typique d'excès de pouvoir ». La Chambre conclut pourtant que, dans ces procédures administratives et judiciaires italiennes, la réquisition n'a pas été jugée arbitraire du point de vue de la forme ou du fond. Elle estime en outre que, même si la réquisition avait été jugée arbitraire dans le cadre de ces procédures internes, ce ne serait pas déterminant en droit international: il n'y aurait là qu'« une indication utile ». Continuant de se fonder sur son interprétation des décisions administratives et judiciaires italiennes, la Chambre déclare que la réquisition n'était pas arbitraire au sens du droit international, parce qu'il s'agit d'un acte qui s'oppose à une règle de droit et non au « règne de la loi ». Elle dit que l'arbitraire est la méconnaissance délibérée des procédures régulières et que la réquisition n'était ni déraisonnable ni capricieuse, pour conclure que, puisque l'ordonnance du maire a été prise dans le cadre d'un système de droit et de recours qui fonctionnait, elle n'est pas arbitraire.

Le raisonnement de la Chambre s'appuie donc sur trois propositions qui sont toutes mal fondées à mon avis: premièrement, que le préfet de Palerme et la cour d'appel de Palerme n'ont pas jugé que la réquisition était arbitraire; deuxièmement, que la réquisition, en droit international, n'était ni déraisonnable ni capricieuse; troisièmement, qu'en tout état de cause les voies de recours et de réparation qui sont prévues par le droit italien et auxquelles l'ordonnance de réquisition a été soumise ont garanti que l'ordonnance n'était pas arbitraire. J'examinerai ces propositions l'une après l'autre.

i) *Les décisions du préfet et de la cour d'appel*

La Chambre cite un passage de la décision du préfet dont elle dit qu'il est « le passage de la décision ... qui présente le plus d'importance ». Ce passage est ainsi libellé:

> « Il n'y a pas de doute que, même si l'on peut considérer, de façon toute théorique, que les conditions de grave nécessité publique, d'imprévisibilité et d'urgence qui ont déterminé l'adoption de cette mesure étaient réunies en l'espèce, l'objectif visé par la réquisition ne pouvait être réalisé en pratique par cette ordonnance, tant il est vrai qu'à la suite de la réquisition l'activité de l'entreprise n'a pas repris et n'aurait pas pu reprendre. D'une manière générale, il manque par conséquent dans l'ordonnance la cause juridique pouvant la justifier et la rendre opérante. »

It appears to conclude from this and other passages of the Prefect's decision that the Mayor's order of requisition was held by the Prefect to have been *intra vires*. What the Prefect held, however, was that the Mayor relied on provisions of law which, in conditions of grave public necessity and unforeseen urgency, entitle the Mayor to issue an order of requisition of private property; but in this case, the Prefect found, these conditions were present from "the purely theoretical standpoint", a finding which appears to mean that they were not actually present.

The Chamber reaches the opposite conclusion; quoting the foregoing passage of the Prefect's decision, it holds that the Prefect "did not find that those conditions were absent". In my opinion, the difficulty with the Chamber's conclusion is that — if one reads on — it emerges from the Prefect's decision that the conditions of grave public necessity and unforeseen urgency were indeed seen to be absent. The Prefect wrote: "Once the competence of the Mayor has been ascertained, it is necessary to ascertain whether in the situation there were the grounds for the exercise of the power." (Memorial of the United States, Annex 76, p. 10.) That statement is immediately followed by the quotation from the Prefect's decision which has just been reproduced. The Prefect's decision then continues:

> "In fact, the Mayor believed to be able to face the situation existing in Raytheon-Elsi's plant by means of an order of requisition, clearly without taking into consideration the fact that the situation of the company — for functioning-economical reason and for reason of market — was such as not to permit the continuation of the activity, unless by means of interventions by the responsible organs directed to solve the financial and industrial problems of the company.
>
> The requisition did not change anything in the situation of the company; this is proved by the fact that neither the stopped activity was resumed, nor, as a consequence of the order, more favorable conditions were created in the company. On the contrary, the situation of insolvency determined the declaration of bankruptcy of the company, with the consequence that the plant was taken away from the disposability of the Public Administration.
>
> It is also important to emphasize that the plant, at the time of the declaration of bankruptcy, was not working and that the employees were staying therein to protest for the nonresumption of the activity and for dismissal of the whole personnel.
>
> As far as the danger of 'unforeseeable acts of perturbation of the public order', that the Mayor wanted to avoid by means of the requisition, are concerned, the events subsequent to the requisition have clearly demonstrated the inefficacy of the measure; this is proved by the fact that the parades and demonstrations of protest followed one another, creating also a situation of perturbation of the public order,

La Chambre semble conclure de ce texte et d'autres passages de la décision du préfet que ce dernier a jugé que l'ordonnance de réquisition relevait des pouvoirs du maire. Or, ce que le préfet a jugé, c'est que le maire s'était fondé sur des dispositions légales qui, dans des conditions de grave nécessité publique, d'imprévisibilité et d'urgence, autorisaient le maire à prendre une ordonnance de réquisition de biens privés; mais en l'occurrence le préfet a constaté que ces conditions étaient réunies «de façon toute théorique», conclusion qui semble vouloir dire qu'elles n'étaient pas réellement réunies.

La Chambre parvient à la conclusion inverse; citant le passage susmentionné de la décision du préfet, elle estime que ce dernier «n'a pas décidé que ces conditions n'étaient pas réunies». A mon avis, la difficulté soulevée par la conclusion de la Chambre est que, si on poursuit la lecture de la décision du préfet, on constate que les conditions de grave nécessité publique, d'imprévisibilité et d'urgence ont en fait été considérées comme n'étant pas réunies. Le préfet a écrit: «Une fois la compétence du maire établie, il est nécessaire de déterminer si, dans la situation en question, il existait des motifs pour l'exercice du pouvoir.» (Mémoire des Etats-Unis, annexe 76, p. 10.) Cette phrase est immédiatement suivie du passage de la décision du préfet reproduite ci-dessus. Le préfet poursuit alors en ces termes:

> «En fait, le maire croyait être en mesure de faire face à la situation qui existait dans l'usine Raytheon-Elsi au moyen d'une ordonnance de réquisition, manifestement rendue sans que soit pris en considération le fait que la situation de la société — pour des raisons économiques liées au fonctionnement et à la commercialisation — était telle qu'elle ne permettait pas de poursuivre l'activité, à moins d'interventions des organes responsables en vue de résoudre les problèmes financiers et industriels de la société.
>
> La réquisition n'a rien changé à la situation de la société; cela ressort du fait que l'activité arrêtée n'a pas repris, non plus que des conditions plus favorables n'ont été créées pour la société à la suite de l'ordonnance. Au contraire, la situation d'insolvabilité a entraîné la déclaration de faillite de la société, ce qui a eu pour conséquence que la disposition de l'usine a été soustraite à l'administration publique.
>
> Il est important aussi de souligner que l'usine, au moment de la déclaration de faillite, ne fonctionnait pas et que les employés s'y maintenaient pour protester contre le défaut de reprise de l'activité et le licenciement de tout le personnel.
>
> En ce qui concerne le danger de «troubles imprévisibles de l'ordre public», que le maire souhaitait éviter au moyen de la réquisition, les événements qui ont suivi la réquisition ont clairement montré l'inefficacité de cette mesure; cela est prouvé par le fait que les défilés et les manifestations de protestations se suivaient, créant aussi une situation de nature à troubler l'ordre public, jusqu'au moment où les or-

> until the situation was faced by responsible organs of the Government and, even though with the delays which are unfortunately inevitable, was drawn toward a solution." (Memorial of the United States, Annex 76, pp. 11-12.)

That is to say, after having held that, "from the purely theoretical standpoint, the conditions of grave public necessity and of unforeseen urgency warranting adoption" of the order of requisition "may be considered to exist in the case in point", the Prefect goes on to examine what was the case "in fact" and concludes *(a)* that the order of requisition could not restore ELSI's plant to operation, that it could not solve the financial and industrial problems of the company; *(b)* the requisition order did not in fact cause the activities of the company which had been stopped to resume nor did it otherwise aid ELSI; *(c)* the plant remained closed and occupied by the former employees; and *(d)* public order was in any event disturbed, despite the requisition: in short, that the requisition order proved unjustified on all counts. What support do such holdings provide for the Chamber's conclusion that the conditions of grave public necessity and unforeseen urgency were not found by the Prefect to have been "absent"?

More than this, the essential point of the passage of the Prefect's holding which the Chamber quotes, and which is reproduced at the outset of this section of this opinion, is that the requisition could not achieve its intended purposes and therefore lacked justifying juridical cause. That is to say, the Prefect held that, since the order of requisition could not, was incapable of, achieving what it purported to achieve, it lacked the juridical motivation which might justify it and make it operative. That is not far from stating expressly that the requisition was ill-motivated and hence unreasonable or even capricious.

The Prefect's decision continues, in one translation provided by the United States:

> "We cannot refrain from stating that the order was issued — as it appears from the same order and as it has been observed by the appellant — also under the influence of the pressure created by, and of the remarks made by the local press; therefore we have to hold that the Mayor, also in order to get out of the above and to show the intent of the Public Administration to intervene in one way or another, issued the order of requisition as a measure mainly directed to emphasize his intent to face the problem in some way."

The last phrase of the Prefect's decision, as quoted in the judgment of the Court of Appeal of Palermo, is otherwise rendered in the translation of that judgment supplied by the United States: "the Mayor . . . resorted to requisition as a step aimed more than anything else at bringing out his intention to tackle the problem just the same". The Prefect referred in this passage to the provision of the Mayor's order which read:

ganes responsables de l'Etat ont fait face à la situation et l'ont orientée vers une solution, avec les retards malheureusement inévitables. » (Mémoire des Etats-Unis, annexe 76, p. 11-12).

Autrement dit, après avoir jugé que « l'on peut considérer, de façon toute théorique, que les conditions de grave nécessité publique, d'imprévisibilité et d'urgence qui ont déterminé l'adoption de cette mesure étaient réunies en l'espèce », le préfet examine ce qu'était la « vraie » situation et conclut : *a)* que l'ordonnance de réquisition ne pouvait pas remettre en marche l'usine de l'ELSI, qu'elle ne pouvait résoudre les problèmes financiers et industriels de la société ; *b)* qu'en fait l'ordonnance de réquisition n'a pas eu pour effet que les activités de la société ont repris et qu'elle n'a pas autrement aidé l'ELSI ; *c)* que l'usine est restée fermée et a été occupée par ses anciens ouvriers et *d)* que l'ordre public était de toute façon troublé, indépendamment de la réquisition. En résumé, il conclut que l'ordonnance de réquisition s'est révélée injustiée à tous égards. En quoi ces conclusions étayent-elles la conclusion de la Chambre suivant laquelle le préfet n'a pas décidé que les conditions de grave nécessité publique, d'imprévisibilité et d'urgence « n'étaient pas réunies » ?

Qui plus est, ce qui est essentiel dans le passage de la décision du préfet cité par la Chambre et reproduit au début de la présente section, c'est que la réquisition ne pouvait réaliser l'objectif qu'elle visait et qu'elle était donc dépourvue de cause juridique la justifiant. Le préfet a donc décidé que, puisque l'ordonnance de réquisition ne pouvait pas réaliser l'objectif qu'elle était censée atteindre, il y manquait la motivation juridique pouvant la justifier et la rendre opérante, ce qui revient presque à dire expressément que la réquisition était mal motivée et par conséquent déraisonnable, voire capricieuse.

Le préfet a poursuivi comme suit (d'après la traduction ci-contre fournie par les Etats-Unis) :

> « On ne peut passer sous silence le fait que l'ordonnance a été prise aussi — ainsi qu'il ressort de son texte même et que l'a fait observer le recourant — sous l'influence de la pression créée par la presse locale et des remarques qu'elle a formulées, si bien qu'il faut en conclure que le maire, désireux aussi de se tirer de cette situation et de montrer l'intention de l'administration d'intervenir d'une manière ou d'une autre, a pris l'ordonnance de réquisition comme mesure destinée principalement à faire ressortir son intention d'affronter le problème de quelque manière. »

Le dernier membre de phrase de la décision du préfet, tel qu'il est cité dans l'arrêt de la cour d'appel de Palerme, est rendu différemment dans la traduction de l'arrêt fournie par les Etats-Unis : « Le maire ... a eu recours à la réquisition essentiellement pour démontrer son intention de traiter le problème tout de même. » Dans ce passage, le préfet se référait aux lignes de l'ordonnance du maire qui sont ainsi libellées :

> "*Considering* also that the local press is taking a great interest in the situation and that the press is being very critical toward the authorities and is accusing them of indifference to this serious civic problem . . ."

In respect of the foregoing passage, the following question was put to Italy in the course of the oral proceedings:

> "This holding of the Prefect appears to mean that the Mayor issued the order not for defensible juridical reasons but as a way of showing the public that he was doing something, whether that something was lawful or sensible or not: he issued the order 'to show the intent of the Public Administration to intervene in one way or another'; the order was issued as a measure 'mainly' directed to 'emphasize his intent' to face the problem 'in any way'. Now my question is this, is a measure taken by a public authority 'to intervene in one way or another' with a view not towards resolving a problem — and the Prefect held that the order could not resolve the problem — but in order to appease press and public criticism or win public favour 'in any way' an arbitrary measure?"

Italy in part replied:

> "The answer is, that if the measure was taken solely '"to intervene in one way or another" . . . with a view not towards resolving a problem . . . but in order to appease press and public criticism or to win public favour "in any way"', then it probably would have been an arbitrary measure.
>
> But, if there were other substantial and sincere motivations behind the measure in addition to that of appeasing public opinion, i.e. 'to protect general public interest . . . and public order' it would then by no means have been an arbitrary measure."

This reply raises the question of whether a single, unseverable public act which in part has arbitrary elements and in part has not, is arbitrary, of whether an official act which is partially arbitrary in motivation (not to speak of implementation, as I shall), qualifies as arbitrary.

But what were the motivations of the order of requisition? Were they, as Italy claims, to protect the general public interest and public order? As just indicated, those claims apparently were not upheld by the Prefect. Apart from finding such factors to be present from "the purely theoretical standpoint", his holding that the requisition order in fact neither promoted the public interest nor promoted the preservation of public order does not support the substantiality of these motivations.

It cannot be doubted that an essential purpose of the requisition was to prevent ELSI from dispersing and liquidating its assets. This was made

« *Considérant* aussi que la presse locale s'intéresse vivement à la situation et qu'elle est très critique à l'égard des autorités qu'elle accuse d'indifférence face à ce problème grave pour la collectivité... »

A propos de ces lignes, la question suivante a été posée à l'Italie au cours de la procédure orale :

« Cette déclaration du préfet semble signifier que le maire a pris l'ordonnance non pas pour des raisons juridiques défendables mais comme moyen de montrer à la population qu'il faisait quelque chose, que ce quelque chose fût légal et raisonnable ou non : il a pris son ordonnance pour « montrer l'intention de l'administration d'intervenir d'une manière ou d'une autre » ; l'ordonnance a été prise comme mesure destinée « principalement » à « faire ressortir son intention » d'affronter le problème « de quelque manière ». Voici ma question : une mesure prise par une autorité publique en vue « d'intervenir d'une manière ou d'une autre », non pas pour résoudre un problème — le préfet a déclaré que l'ordonnance ne pouvait pas résoudre le problème — mais pour apaiser la presse et faire taire les critiques de la population ou pour s'en attirer la sympathie, est-elle « de quelque manière » une mesure arbitraire ? »

L'Italie a notamment répondu en ces termes :

« La réponse est que, si la mesure a été prise seulement pour « intervenir d'une manière ou d'une autre ... non pas pour résoudre un problème ... mais pour apaiser la presse et faire taire les critiques de la population ou pour s'en attirer la sympathie » « de quelque manière », alors elle était probablement arbitraire.

Mais si, outre apaiser l'opinion publique, elle avait d'autres motivations sincères et importantes, à savoir « protéger l'intérêt public général ... et l'ordre public », elle n'est en aucune manière arbitraire. »

Cette réponse soulève la question de savoir si un acte unique et indivisible de l'administration, qui contient à la fois des éléments arbitraires et des éléments qui ne le sont pas, est arbitraire, ou si un acte officiel qui est partiellement arbitraire dans sa motivation (sans parler de son application, ce que je vais faire) peut être qualifié d'arbitraire.

Quels étaient donc les motivations de l'ordonnance de réquisition ? Etaient-elles, comme le soutient l'Italie, de protéger l'intérêt public général et l'ordre public ? Comme je viens de l'indiquer, le préfet n'a apparemment pas ajouté foi à ces dires. Outre qu'il a déclaré que ces facteurs étaient réunis « de façon toute théorique », il a conclu que l'ordonnance de réquisition n'a à vrai dire ni favorisé l'intérêt public ni favorisé la protection de l'ordre public, ce qui n'étaye pas ces motifs.

Il n'est pas douteux qu'un des buts essentiels de la réquisition était d'empêcher l'ELSI de disperser et de liquider ses avoirs. Cela ressort très

perfectly plain by the statements of the President of Sicily cited above (and see paras. 28 and 34 of the Chamber's Judgment) as well as the Mayor's letter of 9 May 1968 which is explicit in referring to the dangers of the "dismemberment" and "dismantlement" of ELSI. The requisition order may well also have been designed to give an understandably concerned and critical public opinion the impression that the Mayor was attempting "to do something", or, as the Prefect put it, "to intervene in one way or another" so as to show the Mayor's intent "to face the problem", to take "a step aimed more than anything else at bringing out his intention to tackle the problem just the same". But those are hardly justifications which show that the act was reasonable rather than unreasonable, judicious rather than capricious. To prevent ELSI from selling — and probably dispersing in places other than Palermo — its assets may have seemed justifiable to the Mayor, who, in taking this decision, gave no sign of being aware of the existence of any rights which ELSI enjoyed under the FCN Treaty. It was not, however, a measure which could re-open the plant, re-start full production, and put ELSI's former workforce back to work, nor was it a precondition of Sicily's continuing, as it did, to pay their salaries (as Italy expressly conceded). Particularly in the context of the Treaty rights and expectations set out in this opinion, can action designed to prevent ELSI from selling its assets and repatriating any resultant capital be seen as other than arbitrary? The Chamber rightly holds that the

> "question of whether or not certain acts could constitute a breach of the treaty right to be permitted to control and manage, is one which must be appreciated in each case having regard to the meaning and purpose of the FCN Treaty".

Shall not what is "arbitrary" under the Treaty equally be considered in each case having regard to the meaning and purpose of the Treaty?

It is significant that the Court of Appeal of Palermo attached importance to the holding of the Prefect which appraised the Mayor's order as one which was responsive to press criticism and "mainly" intended to show his willingness to intervene "in one way or another". In characterizing that holding as "severe", and as "showing a typical case of excess of power" on the part of the Mayor "which . . . is a defect of legitimacy on the part of the administrative act", the Court of Appeal held:

> "the Prefect's decree works *ex tunc* and not *ex nunc* and hence deprives the requisition of the assets of the appealing Company, as performed by the administration, of any justification, which is why, in any case, there arises the problem of the damages that the Company may have suffered as a result . . . it is quite evident that — when the

clairement des déclarations du président de la région sicilienne citées ci-dessus (voir aussi les paragraphes 28 et 34 de l'arrêt de la Chambre) et de la lettre du maire du 9 mai 1968 dans laquelle il est explicitement question des dangers de « démembrement » et de « démantèlement » de l'ELSI. Il se peut aussi que l'ordonnance de réquisition ait été destinée à donner à l'opinion publique, dont l'inquiétude et les critiques sont compréhensibles, l'impression que le maire tentait « de faire quelque chose », ou, comme le préfet l'a dit, « d'intervenir d'une manière ou d'une autre » de façon à montrer l'intention du maire « d'affronter le problème », de prendre « une mesure destinée principalement à faire ressortir son intention de traiter le problème tout de même ». Mais ce ne sont guère des justifications qui montrent que l'acte était raisonnable et non déraisonnable, judicieux et non capricieux. Empêcher l'ELSI de vendre — et probablement de disperser ses avoirs en dehors de Palerme — peut avoir semblé justifié au maire qui, en prenant sa décision, n'a nullement montré qu'il était conscient de l'existence de droits dont l'ELSI jouissait en vertu du traité de 1948. Mais ce faisant le maire ne prenait pas une mesure qui pouvait permettre de rouvrir l'usine, d'assurer la reprise de l'ensemble de la production et de réembaucher les anciens ouvriers de l'ELSI, pas plus qu'il ne mettait comme condition préalable que la Sicile continue, comme elle l'a fait, à payer leurs salaires (comme l'Italie l'a expressément admis). Dans le cadre particulier des droits et expectatives découlant du traité, tels qu'ils sont exposés dans la présente opinion, une mesure destinée à empêcher l'ELSI de vendre ses avoirs et de rapatrier le produit de la vente peut-elle être considérée comme autre chose qu'arbitraire ? La Chambre estime à juste titre que la

> « question de savoir si certains actes pourraient ou non constituer une violation du droit conventionnel d'être autorisé à contrôler et à gérer est une question qui doit être examinée dans chaque cas compte tenu du sens et du but du traité de 1948 ».

Ce qui est « arbitraire au sens du traité ne doit-il pas être également examiné dans chaque cas compte tenu du sens et du but du traité ?

Il est révélateur que la cour d'appel de Palerme ait attaché de l'importance au fait que le préfet avait considéré que l'ordonnance du maire répondait aux critiques de la presse et qu'elle était « principalement » destinée à montrer son désir d'intervenir « d'une manière ou d'une autre ». La cour d'appel, qui a qualifié cette constatation de « sévère » et a dit que le préfet avait constaté « un cas typique d'excès de pouvoir » de la part du maire « qui ... constitue un vice de légitimité de l'acte administratif », a déclaré :

> « l'arrêté du préfet prend effet *ex tunc* et non *ex nunc* et prive donc la réquisition des avoirs de la société appelante effectuée par l'administration de toute justification, raison pour laquelle se pose en tout cas le problème des dommages que la société peut avoir subis du fait de cette mesure ... il est bien évident que — lorsque le préfet affirme que

> Prefect pointed out that '. . . the ultimate goal of the requisition could not have been attained in practice through the order itself' and that '. . . the order generically lacks the juridical cause that could justify it or render it operative' as was then amply demonstrated, concluding with the severe finding that '. . . the Mayor . . . resorted to requisition as a step aimed more than anything else at bringing out his intention to tackle the problem just the same' — he is obviously showing a typical case of excess of power which, as we know, is a defect of legitimacy on the part of the administrative act . . ." (Memorial of the United States, Annex 81, pp. 13-14).

If a "typical case of excess of power" does not connote a classic case of an arbitrary act, what does?

The holding of the Court of Appeal is instructive in a further respect as well. The order of the Mayor concluded: "With a subsequent decree, the indemnification to be paid to said company for the requisition will be established." As the Court of Appeal points out, such a subsequent decree never was issued by the Mayor; no compensation was offered to or paid over to ELSI for the requisition by the Italian administration. The Court of Appeal held that:

> "Now, apart from the consideration that the failure to determine this indemnity (no authority has ever proceeded to do that although this should have been done before the requisition came to an end), by itself would have been enough to recognize the unlawfulness of the requisition . . . one cannot fail to stress the incongruency of denying the Company — which had been subjected to this unlawful requisition — an indemnity which most certainly it would have been awarded if this same action had been taken lawfully by the administration." (*Ibid.*, p. 19.)

The Court is doubtless correct in holding that the Mayor's failure to pay compensation for the requisition compounded its unlawfulness. But does not the Mayor's failure to abide by his own decree suggest capriciousness in the process of requisition? It can hardly be seen as consistent with the due process which is the antithesis of what is arbitrary.

(ii) *The unreasonable and capricious nature of the requisition*

It has, it is believed, been shown in the foregoing section that the measure of requisition was unreasonable and capricious since, cumulatively:

- the legal bases on which the Mayor's order relied were justified only in theory;
- the order was incapable of achieving its purported purposes;

> « le but ultime de la réquisition n'aurait pu être atteint en pratique par le biais de cette ordonnance » et que « d'une manière générale, il manque par conséquent dans l'ordonnance la cause juridique pouvant la justifier ou la rendre opérante », comme cela a ensuite été amplement démontré, pour conclure par cette constatation sévère que « le maire ... a eu recours à la réquisition essentiellement pour démontrer sa volonté d'essayer de résoudre le problème » — il décrit manifestement un cas typique d'excès de pouvoir, excès qui, comme on le sait, constitue un vice de légitimité de l'acte administratif... » (mémoire des Etats-Unis, annexe 81, p. 13-14).

Si un « cas typique d'excès de pouvoir » n'est pas un cas classique d'acte arbitraire, qu'est-ce qui en est un ?

La conclusion de la cour d'appel est aussi instructive à un autre égard. L'ordonnance du maire se termine ainsi : « Un décret ultérieur fixera l'indemnité à verser à ladite société au titre de la réquisition. » Comme la cour d'appel le relève, aucun décret ultérieur n'a été pris par le maire ; aucune indemnisation n'a été offerte ou versée à l'ELSI pour la réquisition opérée par l'administration italienne. La cour d'appel a déclaré que :

> « Or, en dehors du fait que l'absence de fixation de cette indemnité (aucune autorité n'a jamais procédé à cette détermination bien qu'on eût dû le faire avant que la réquisition ne prenne fin) aurait suffi à démontrer l'illégitimité de la réquisition ... on ne saurait manquer de souligner l'illogisme qu'il y a à refuser à la société — qui a fait l'objet de cette réquisition illégitime — un dédommagement qui lui aurait certainement été accordé si l'administration avait pris cette même mesure légitimement. » (*Ibid.*, p. 19.)

La cour d'appel a sans doute raison de considérer que le fait que le maire n'a pas versé d'indemnisation pour la réquisition a aggravé l'illégitimité de cette dernière. Mais le fait que le maire n'a pas respecté sa propre décision ne fait-il pas penser qu'il y a eu quelque chose de capricieux dans la procédure de réquisition ? Il est difficile de considérer ce fait comme compatible avec une procédure régulière, laquelle est l'antithèse de ce qui est arbitraire.

ii) *Le caractère déraisonnable et capricieux de la réquisition*

Je pense avoir démontré, dans la section qui précède, que l'ordonnance de réquisition avait un caractère déraisonnable et capricieux, tout à la fois parce que :

- les bases légales sur lesquelles l'ordonnance du maire se fondait n'étaient justifiées qu'en théorie ;
- l'ordonnance était incapable de réaliser les buts qu'elle prétendait atteindre ;

- the order did not achieve its purported purposes;
- the order, issued, as it specified, "also" because "the local press is taking a very great interest in the situation and . . . the press is being very critical toward the authorities and is accusing them of indifference to this serious civic problem", was in part designed to give an impression of the Mayor confronting the problem "in one way or another", rather than prescribing a measure which could have been responsive to the problem;
- the order accordingly was not simply unlawful but "a typical case of excess of power";
- a paramount purpose of the requisition was to prevent the liquidation of ELSI's assets by ELSI, a purpose pursued without regard to treaty obligations of contrary tenor (and the Treaty's obligations, Italy maintains, bound it not only externally but were self-executing internally);
- the Mayor transgressed the terms of his own order by failing to issue a decree for indemnification for the requisition and by failing to offer or pay that indemnification.

By its nature, what is unreasonable or capricious is subject in a given instance to a range of appreciation; these are terms which, while having a sense in customary international law, have no invariable, plain meaning but which are capable of application only in the particular context of the facts of a case. Given the facts of this case, it is concluded, for the reasons stated, that the order of requisition as motivated, issued and implemented was unreasonable and capricious and hence arbitrary.

(iii) *The process of appeal does not necessarily render a measure otherwise arbitrary non-arbitrary*

The weightiest reason advanced by the Chamber in support of its conclusion that the requisition was not arbitrary may be that it was reviewed administratively and judicially. Those review processes in this case must enjoy every presumption of being objective, not only, if principally, because they were processes of the application of the law of Italy through Italian administrative and judicial procedures, but because, in the event, they manifested objectivity, ruling in favour of ELSI's interests in principle, even if in practice ELSI or its creditors gained little financial satisfaction from them. To be sure, the Prefect's decision was seriously and unjustifiably delayed, and that delay was materially prejudicial to the interests of ELSI and its creditors. Nevertheless it remains the fact that, in this case, Italian administrative and judicial processes functioned. There is attraction in the argument that, since ELSI or its representative (the trustee in bankruptcy) had access to processes of justice, and since the procedures and results of that process cannot be seen as tantamount to a denial of justice, that is the end of the matter, that, even if the order of

- l'ordonnance n'a pas réalisé les buts qu'elle prétendait atteindre;
- l'ordonnance, qui avait été prise, selon ses propres termes, «aussi» parce que «la presse locale s'intéresse vivement à la situation et qu'elle est très critique à l'égard des autorités qu'elle accuse d'indifférence face à ce problème grave pour la collectivité», était en partie destinée à donner l'impression que le maire tentait de traiter le problème «d'une manière ou d'une autre» et non qu'il prenait une mesure susceptible de résoudre le problème;
- en conséquence, l'ordonnance n'était pas seulement illégitime mais constituait «un cas typique d'excès de pouvoir»;
- l'un des buts essentiels de la réquisition était d'empêcher la liquidation par l'ELSI de ses avoirs, but qui faisait fi des obligations conventionnelles qui s'y opposaient (l'Italie a soutenu que les obligations découlant du traité de 1948 non seulement la liaient sur le plan externe mais qu'elles étaient d'application directe dans l'ordre interne);
- le maire a contrevenu aux termes de son ordonnance en ne prenant pas de décret pour fixer l'indemnité au titre de la réquisition et en n'offrant pas ou en ne versant pas cette indemnité.

De par sa nature, la notion de ce qui est déraisonnable ou capricieux se prête à toute une série d'appréciations dans un cas donné: ce sont des termes qui, quoique ayant un sens en droit international coutumier, n'ont pas une signification ordinaire et invariable et qui ne peuvent s'appliquer que dans le contexte particulier des faits d'une affaire. Etant donné les faits de la présente affaire, je conclus, pour les raisons que j'ai données, que l'ordonnance de réquisition, telle qu'elle a été motivée, prise et appliquée avait un caractère déraisonnable et capricieux et qu'elle était donc arbitraire.

iii) *L'exercice des voies de recours ne rend pas nécessairement non arbitraire une mesure qui était arbitraire*

Le plus important motif avancé par la Chambre pour conclure que la réquisition n'était pas arbitraire est peut-être que celle-ci a fait l'objet de recours administratifs et judiciaires. Il y a tout lieu de présumer que l'examen de ces recours a été objectif, non seulement — voire principalement — parce qu'il s'agissait de l'application du droit italien par des organes administratifs et judiciaires italiens, mais aussi parce que, en fait, ces organes ont fait preuve d'objectivité en se prononçant en principe en faveur des intérêts de l'ELSI, même si en pratique l'ELSI ou ses créanciers n'en n'ont que peu bénéficié sur le plan financier. Il est certain que la décision du préfet est intervenue avec un retard important et injustifiable, et ce retard a matériellement porté atteinte aux intérêts de l'ELSI et de ses créanciers. Il n'en demeure pas moins qu'en l'occurrence les procédures administratives et judiciaires italiennes ont fonctionné. Un argument est séduisant: celui selon lequel, puisque l'ELSI ou son représentant (le syndic de faillite) ont eu accès à la justice et puisque les procédures et l'issue des recours ne peuvent être considérées comme équivalant à un

requisition was arbitrary and hence initially engaged Italy's responsibility under the Treaty, that responsibility was never consummated by reason of the fact that, in the end, ELSI's case was dealt with by Italy's internal processes. Indeed, the conclusion that ELSI's case was dealt with is critical to the Chamber's conclusion in this case that the requirement of the exhaustion of local remedies was fulfilled.

Substantial as these considerations may be, I do not find them convincing, for reasons which are best explained in the light of the International Law Commission's proposals for codification of the law of State responsibility.

Articles 20 and 21 of the Commission's Draft Articles on State Responsibility provide as follows:

> "*Article 20. Breach of an international obligation requiring the adoption of a particular course of conduct*
>
> There is a breach by a State of an international obligation requiring it to adopt a particular course of conduct when the conduct of that State is not in conformity with that required of it by that obligation.
>
> *Article 21. Breach of an international obligation requiring the achievement of a specified result*
>
> 1. There is a breach by a State of an international obligation requiring it to achieve, by means of its own choice, a specified result if, by the conduct adopted, the State does not achieve the result required of it by that obligation.
>
> 2. When the conduct of the State has created a situation not in conformity with the result required of it by an international obligation, but the obligation allows that this or an equivalent result may nevertheless be achieved by subsequent conduct of the State, there is a breach of the obligation only if the State also fails by its subsequent conduct to achieve the result required of it by that obligation." (*Yearbook of the International Law Commission*, 1977, Vol. II, Part Two, p. 11.)

The Commentary to these articles explains that Article 20 concerns international obligations which require the State to perform or to refrain from a specifically determined action; these obligations are sometimes called obligations "of conduct" or obligations "of means". Such obligations are to be contrasted with the obligations "of result" described in Article 21. What distinguishes the first type of obligation from the second is not that obligations "of conduct" or "of means" do not have a particular object or result, but that their object or result must be achieved through action, conduct or means "specifically determined" by the international obligation itself, which is not true of obligations "of result" (*ibid.*, pp. 13-14). If a State fails to perform or to refrain from a specifically

déni de justice, la question est ainsi réglée; à quoi il est ajouté que, même si l'ordonnance de réquisition était arbitraire et engageait donc initialement la responsabilité de l'Italie en vertu du traité, cette responsabilité n'a jamais été encourue puisque, en définitive, la cause de l'ELSI a été entendue par les juridictions internes italiennes. A vrai dire, la conclusion selon laquelle la cause de l'ELSI a été entendue est essentielle pour permettre à la Chambre de conclure en l'espèce que l'exigence de l'épuisement des recours internes a été satisfaite.

Quel que puisse être le poids de ces considérations, je ne les trouve pas convaincantes, pour des raisons dont le projet de codification du droit de la responsabilité des Etats rédigé par la Commission du droit international fournit la meilleure explication.

Les articles 20 et 21 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats adopté par la Commission disposent ce qui suit:

> « *Article 20. — Violation d'une obligation internationale requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé*
>
> Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'adopter un comportement spécifiquement déterminé lorsque le comportement de cet Etat n'est pas conforme à celui requis de lui par cette obligation.
>
> *Article 21. — Violation d'une obligation internationale requérant d'assurer un résultat déterminé*
>
> 1. Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'assurer, par un moyen de son choix, un résultat déterminé si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas le résultat requis de lui par cette obligation.
>
> 2. Lorsqu'un comportement de l'Etat a créé une situation non conforme au résultat requis de lui par une obligation internationale, mais qu'il ressort de l'obligation que ce résultat ou un résultat équivalent peut néanmoins être acquis par un comportement ultérieur de l'Etat, il n'y a violation de l'obligation que si l'Etat manque aussi par son comportement ultérieur à assurer le résultat requis de lui par cette obligation. » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. II, deuxième partie, p. 12.)

Il est expliqué, dans le commentaire relatif à ces articles, que l'article 20 vise des obligations internationales qui s'adressent à l'Etat pour requérir de lui qu'il exerce une activité spécifiquement déterminée ou qu'il s'en abstienne; ces obligations, est-il précisé, sont parfois qualifiées d'obligations « de comportement » ou « de moyens ». Elles doivent être distinguées des obligations dites « de résultat » visées à l'article 21. Ce qui distingue le premier type d'obligations du second, ce n'est pas que les obligations « de comportement » ou « de moyens » ne visent pas un but ou un résultat donné, mais qu'un tel but ou résultat doive être atteint par des activités, comportements ou moyens « spécifiquement déterminés » par l'obligation internationale elle-même, ce qui n'est pas le cas pour les

determined action, that course of conduct of itself definitively gives rise to its international responsibility.

Is the obligation undertaken by the parties to the Supplementary Agreement not to subject corporations of either party to "arbitrary or discriminatory measures" within the territories of the other "resulting particularly in" — but not exclusively in — the detailed results set out in subparagraphs *(a)* and *(b)* of Article I an obligation of conduct or an obligation of result?

The particular objects of the obligation not to subject such corporations to arbitrary or discriminatory measures are very specifically set out. But the particular means of achieving these objects are not. Thus, in terms of the analysis of the Commission, the obligation of Article I would seem to be an obligation not of means but of result, as international treaty obligations concerning the protection of aliens and their interests normally are. Nevertheless, it does not follow in the current case that Italy is absolved of its arbitrary treatment of ELSI and the interests of its shareholders in ELSI by reason of the administrative and judicial proceedings which followed the requisition.

I so conclude because, to pursue the terminology of the Draft Articles of the Commission:

> "There is a breach by a State of an international obligation requiring it to achieve, by means of its own choice, a specified result, if, by the conduct adopted, the State does not achieve the result required of it by that obligation."

In the current case, Italy did not achieve the specified result, namely, relieving ELSI of the effects of the arbitrary measure of requisition. It did not achieve the specified result in general, or in respect of the very particular objects set out in subparagraphs *(a)* and *(b)* of Article I.

The Commission's Draft Articles indicate that it is not enough for the offending action of a State to be reviewed administratively and judicially. That action must be fully corrected, "the result required" must "be achieved". Can it be maintained that the measure of requisition imposed upon ELSI was fully corrected by Italian administrative and judicial proceedings, that the object of not subjecting ELSI to such an arbitrary measure was subsequently though not initially achieved?

The Prefect annulled the order of requisition. But the Prefect did not do so for some 16 months after its imposition. Italy in effect has maintained that it is normal for a Prefect not to open his "in" box for 16 months, that ELSI did not stamp its appeal "urgent", and that there is a process to activate an inactive Prefect which ELSI did not pursue. I share the Chamber's view that these arguments are unpersuasive. There was no convincing demonstration that such lassitude was the norm; evidence of orders of req-

obligations dites « de résultat » (*Annuaire de la Commission du droit international*, 1977, vol. II, deuxième partie, p. 15). Si un Etat n'exerce pas une activité spécifiquement déterminée ou s'il s'en abstient, ce comportement suffit sans aucun doute à faire naître la responsabilité internationale de cet Etat.

L'obligation, assumée par chacune des parties à l'accord complémentaire, de ne pas soumettre sur son territoire les sociétés de l'autre partie à des « mesures arbitraires ou discriminatoires » « ayant notamment pour effet » — mais non exclusivement — les résultats détaillés énoncés aux clauses *a)* et *b)* de l'article premier est-elle une obligation de comportement ou une obligation de résultat?

Les objectifs particuliers de l'obligation de ne pas soumettre ces sociétés à des mesures arbitraires ou discriminatoires sont énoncés de façon très précise. Mais les moyens particuliers d'atteindre ces objectifs ne le sont pas. D'après le commentaire de la Commission, l'obligation imposée par l'article premier semble être une obligation non de moyens mais de résultat, comme le sont normalement les obligations conventionnelles internationales relatives à la protection des étrangers et de leurs intérêts. Il n'en découle cependant pas qu'en l'espèce l'Italie ne répond pas de la façon arbitraire dont elle a traité l'ELSI et les intérêts de ses actionnaires dans l'ELSI en raison des procédures administratives et judiciaires qui ont suivi la réquisition.

Telle est ma conclusion puisque, pour reprendre les termes du projet d'articles de la Commission:

> « Il y a violation par un Etat d'une obligation internationale le requérant d'assurer, par un moyen de son choix, un résultat déterminé si, par le comportement adopté, l'Etat n'assure pas le résultat requis de lui par cette obligation. »

En l'espèce, l'Italie n'a pas assuré le résultat déterminé, à savoir soustraire l'ELSI aux effets de la mesure arbitraire de réquisition. Elle n'a pas assuré ce résultat, ni de façon générale ni du point de vue des objectifs très précis énoncés aux clauses *a)* et *b)* de l'article premier.

Le projet d'articles de la Commission indique qu'il ne suffit pas que l'action dommageable de l'Etat soit soumise aux juridictions administratives et judiciaires. Il faut y remédier entièrement: « le résultat requis » doit être « assuré ». Peut-on dire que les recours administratifs et judiciaires italiens ont entièrement remédié à la réquisition imposée à l'ELSI, que l'objectif, qui était de ne pas soumettre l'ELSI à une telle mesure arbitraire et qui n'a pas été atteint initialement, l'a été par la suite?

Le préfet a annulé l'ordonnance de réquisition, mais près de seize mois après qu'elle eut été prise. L'Italie a bien soutenu qu'il est normal que des dossiers d'un préfet restent en souffrance pendant seize mois, que l'ELSI n'avait pas apposé le timbre « urgent » sur son recours et qu'il existait une procédure, que l'ELSI n'a pas employée, pour faire pression sur un préfet inactif, mais j'estime comme la Chambre que ces arguments ne sont pas convaincants. Il n'a pas été démontré de façon convaincante qu'une telle

uisition being overturned in days, not months, was introduced. ELSI's appeal was instinct with urgency, by its nature; and ELSI's situation and position, a principal pre-occupation of the local public and press, must have been known to the Prefect of Palermo. By the statutory time at which the Prefect could have been activated, ELSI was in bankruptcy and no longer able to invoke that procedure.

The Prefect's decision was important for the reasons which appear in the Chamber's Judgment and this opinion. But coming as late as it did, it could not and did not provide the result which Italy's obligation not to subject ELSI to arbitrary measures was designed to achieve. By the time 16 months had elapsed, ELSI had long since been effectively barred from collecting 100 per cent of its accounts receivable, receiving cash-flow support from Raytheon, completing work-in-progress and selling that work and inventory, and soliciting the sale of and showing and selling off its plant and equipment with a professional knowledge of its assets and their attraction to buyers which a trustee in bankruptcy could not be expected to possess. The Prefect would have had to have acted almost immediately — as other Prefects in some other requisition cases had been shown to have acted — if the requisition was to have been lifted before ELSI was forced into bankruptcy. But he did not, and, in the light of the predictions or threats made to ELSI and Raytheon by the President of Sicily (see para. 34 of the Chamber's Judgment), ELSI may have had scant reason to be confident that he would.

The Commentary of the International Law Commission cites a case in which it has been held that "the required result could be regarded as frustrated as soon as the law authorizing expropriation was enacted" because "the enactment of the law seriously reduced the commercial value of the foreigner's property" (*loc. cit.*, p. 26). In the light of the effects just recounted of the requisition on ELSI's situation, may it not similarly be concluded that the required result of holding ELSI free of arbitrary measures could be regarded as definitively frustrated as soon as the order of requisition was applied to it because its application "seriously reduced the commercial value" of Raytheon's interests in ELSI? The Commentary makes clear that, in order for a State to be absolved of a breach of an international obligation of result, of a breach which has begun or only been adumbrated, the required result must not have become "finally unattainable in fact by reason of that action or omission" which is provisionally in breach (*ibid.*, p. 28). For the reasons just set out, it may be doubted whether the result of making ELSI whole, of fully removing the effects of the requisition, was in fact feasible.

inertie était normale; on a produit la preuve que des ordonnances de réquisition avaient été rapportées dans un délai de quelques jours, et non de quelques mois. De par sa nature, le recours introduit par l'ELSI portait la marque de l'urgence; la situation de l'ELSI, qui préoccupait vivement la population et la presse locales, devait être connue du préfet de Palerme. Au moment où le préfet aurait pu être légalement mis en demeure de se prononcer, l'ELSI avait fait faillite et ne pouvait plus invoquer cette procédure.

Pour les motifs exposés dans l'arrêt de la Chambre et dans la présente opinion, la décision du préfet était importante. Mais, tardive comme elle était, elle ne pouvait avoir et elle n'a pas eu le résultat que l'obligation assumée par l'Italie de ne pas soumettre l'ELSI à des mesures arbitraires était destinée à avoir. Seize mois s'étaient écoulés et l'ELSI avait depuis longtemps été mise dans l'impossibilité matérielle de percevoir l'intégralité de ses effets à recouvrer, de recevoir de Raytheon un appui en liquidités, d'achever les fabrications en cours et de vendre ces fabrications et les stocks; elle n'avait pu ni mettre en vente, ni faire visiter et vendre son usine et l'équipement, elle qui était bien placée pour savoir en quoi consistaient ses avoirs et quel intérêt ils présentaient pour des acheteurs, ce qu'un syndic de faillite n'était pas censé savoir. Pour que la réquisition soit levée avant que l'ELSI ne soit acculée à la faillite, il aurait fallu que le préfet agisse presque immédiatement, comme il a été démontré que d'autres préfets l'ont fait pour d'autres réquisitions. Mais le préfet ne l'a pas fait et, compte tenu des prédictions du président de la région sicilienne ou de ses menaces contre l'ELSI et Raytheon (voir le paragraphe 34 de l'arrêt de la Chambre), il se peut que l'ELSI n'ait guère eu de raisons de penser qu'il le ferait.

Dans son commentaire, la Commission du droit international cite un cas dans lequel il a été jugé que « le résultat requis pourrait être considéré comme manqué dès l'adoption de la loi autorisant l'expropriation » étant donné qu'à la suite de « l'adoption de cette loi, la valeur commerciale des biens de l'étranger se trouverait gravement touchée » (*loc. cit.*, p. 27). Au vu des effets de la réquisition sur la situation de l'ELSI, qui viennent d'être exposés, ne pourrait-on pas conclure de même que le résultat requis de l'obligation d'épargner à l'ELSI des mesures arbitraires pourrait être considéré comme définitivement manqué dès que l'ordonnance de réquisition lui a été appliquée, étant donné qu'à la suite de son application « la valeur commerciale » des intérêts de Raytheon dans l'ELSI a été « gravement touchée » ? Il ressort clairement dudit commentaire que, pour qu'un Etat ne réponde pas d'une violation d'une obligation internationale de résultat, ou d'une violation qui a débuté ou n'a seulement été qu'ébauchée, il faut que le résultat exigé ne soit pas devenu « en fait définitivement irréalisable à la suite de l'action ou de l'omission mentionnée » qui constitue provisoirement une violation (*ibid.*, p. 30). Pour les raisons qui viennent d'être exposées, on peut douter qu'il ait été matériellement possible d'assurer réparation à l'ELSI et d'éliminer entièrement les effets de la réquisition.

In order for the obligation of result to be met in the current case, Italian administrative or judicial recourse would, in the Commission's words, have had "fully to achieve the required result by new conduct which eliminates entirely and *ab initio* the incompatible situation created by its previous conduct" (*loc. cit.*, p. 28). Alternatively, it could furnish an equivalent result, as by rendering "full and complete compensation" for the breach (*ibid.*, p. 29). It remains to be considered whether the judgments of the Court of Palermo or the Court of Appeal of Palermo provided full and complete compensation.

In the proceedings before the Court of Palermo, the trustee in bankruptcy maintained that ELSI had been obliged to file for bankruptcy by reason of the situation created by the order of requisition, that, even after bankruptcy had been declared, the trustee could not take possession of the plant and equipment due to the order which remained in effect until 30 September 1968, which caused "unimaginable damages for the bankrupt company and, therefore, for the creditors"; that the order of requisition had been declared illegal by the Prefect; and that the Ministry of Interior and the Mayor of Palermo should be condemned to pay damages to the bankrupt estate of ELSI due to the illegal occupation of the plant. Such damages were claimed to be the considerable decrease in the value of the plant and its equipment which resulted from the difference between book value as of the date of the bankruptcy and the evaluation of the plant and equipment made by the court appraiser immediately after the six-month period of requisition had elapsed, i.e., 2,395,561,600 lire plus interest.

The Court of Palermo, after examining evidence of the financial condition of ELSI on the eve of the requisition, and observing that by that date ELSI's plant was for all practical purposes no longer in operation, concluded that the connection between the company's bankruptcy and the requisition was unfounded. It rejected the claim that damage was evidenced by the difference in evaluations described, or arose from the lack of access to the plant for the period of the requisition, since the bankruptcy was due to other, much more relevant causes; the evaluations on the credit side of the balance sheet were "relative"; and it was not proved that any damage flowed from lack of access to the plant by the trustee or from the occupation of the plant by workers or from negligent custody of the plant. That is to say, the Court of Palermo provided no compensation whatever for the requisition, because of its finding that it caused no damage whatever to ELSI.

The substantial judgment of the Court of Appeal of Palermo has been largely dealt with by the Chamber's Judgment and in this opinion. On the question of damages, the Court held that:

> "as regards the damages consisting in the fact that the order triggered the Company's bankruptcy, the negative conclusion arrived at by the

Pour que l'obligation de résultat soit exécutée en l'espèce, il aurait fallu que les recours administratifs ou judiciaires aient, selon les termes de la Commission, « réalisé pleinement, par un nouveau comportement, le résultat [que l'Etat] est tenu d'atteindre, en éliminant entièrement et *ab initio* la situation incompatible créée par le comportement précédent » (*loc. cit.*, p. 30), cet Etat pouvant aussi obtenir un résultat équivalent, par exemple en assurant « pleine et entière réparation » à la suite de la violation (*ibid.*). Il reste à voir si les décisions du tribunal de Palerme ou de la cour d'appel de Palerme ont assuré pleine et entière réparation.

Dans l'instance introduite devant le tribunal de Palerme, le syndic de faillite a soutenu que l'ELSI avait été obligée de demander sa mise en faillite en raison de la situation créée par l'ordonnance de réquisition; que même après que la faillite eut été déclarée, le syndic n'avait pas pu prendre possession de l'usine et de l'équipement en raison de l'ordonnance qui est restée en vigueur jusqu'au 30 septembre 1968, causant « un tort inimaginable à la société en faillite et, par voie de conséquence, aux créanciers »; que l'ordonnance de réquisition avait été déclarée illégale par le préfet; et que le ministère de l'intérieur et le maire de Palerme devaient être condamnés à verser des dommages et intérêts à la masse de la faillite de l'ELSI en raison de l'occupation illégale de l'établissement. Il a été soutenu que ces dommages et intérêts étaient constitués par la diminution considérable de la valeur de l'usine et de son équipement, diminution résultant de la différence entre la valeur comptable à la date de la faillite et l'évaluation de l'usine et de l'équipement faite par le commissaire priseur du tribunal immédiatement après l'expiration de la période de six mois de réquisition, soit un montant de 2 395 561 600 lires, augmenté des intérêts.

Le tribunal de Palerme, après avoir examiné les preuves relatives à la situation financière de l'ELSI à la veille de la réquisition et avoir relevé qu'à cette date l'usine de l'ELSI n'était pratiquement plus en service, a conclu qu'on n'était pas fondé à établir un lien entre la faillite de la société et la réquisition. Il a rejeté l'argument selon lequel les dommages seraient prouvés par la différence entre les valeurs attribuées ou qu'ils résultaient du fait que l'usine n'était pas accessible pendant la période de la réquisition, la faillite ayant des causes bien différentes et beaucoup plus importantes; il a ajouté que les estimations figurant à l'actif du bilan étaient « relatives » et qu'il n'avait pas été prouvé que les dommages subis étaient attribuables soit au fait que le syndic n'avait pas pu accéder à l'usine soit à l'occupation de l'usine par les travailleurs ou à un défaut de surveillance de l'usine. Ce qui veut dire que le tribunal de Palerme n'a accordé aucune indemnisation pour la réquisition, ayant conclu que celle-ci n'avait causé aucun dommage à l'ELSI.

L'important arrêt de la cour d'appel de Palerme a été analysé de façon approfondie dans l'arrêt de la Chambre et dans la présente opinion. Sur la question des dommages et intérêts, la cour d'appel a jugé que :

> « en ce qui concerne les dommages consistant dans le fait que l'ordonnance a provoqué la faillite de la société, la conclusion négative

> Court [of Palermo] is amply and convincingly motivated . . . in any case . . . there is no proof whatsoever as to the damages incurred from that viewpoint".

The Court of Appeal attributed decisive effect to what it found to be the prior insolvency of ELSI and held that "it is then certain that the damages" claimed, since "they are connected to the bankruptcy", could not be considered to exist. There was no proof of the reliability of the figures shown in the balance sheet, nor proof that the reduction in value claimed by the trustee was caused by the requisition. No expert could, in 1974, establish the actual value of the plant and equipment on the date of the order of requisition.

Nevertheless, as noted above, the Court of Appeal found the appeal to be justified "as regards the damages derivable from the operational unavailability of the installation, plant, and equipment which are the subject of the requisition order . . .". It held that it was indisputable that, if the order of requisition had been lawful, it would have required the payment of an indemnity; it was the more incongruous not to pay an indemnity for an unlawful takeover. Deprivation of the enjoyment of an asset is an economic sacrifice which entails indemnification if lawfully carried out, and restitution of damage is required when it is unlawful. The requisitioning authority was responsible at least for the payment of the economic value of its possession of the requisitioned property. Moreover, "the delay in the process of taking possession by the receivers delayed the liquidation operations and hence the realization of the value of the requisitioned property to the evident damage" of the bankruptcy assets. The Court, "in the absence of proof as to any greater damage", equated damage to the amount of the interest at the rate of 5 per cent per year on the value of the requisitioned property, as that value had been determined by the evaluator appointed by the trustee, a sum which came to 1'4,014,711 lire, plus interest to run from the date on which the requisition expired.

May the measure and amount of compensation awarded by the Court of Appeal of Palermo be viewed as "full and complete compensation" which provides an equivalent result to ELSI's never having been requisitioned? Surely not. Whether or not the requisition was the cause of ELSI's bankruptcy — indeed, accepting that it was not "the" cause — the requisition inflicted uncompensated damage upon ELSI and its creditors, including *(a)* ELSI's practical inability to sell its accounts receivable for 100 per cent of their face value; *(b)* ELSI's actual inability to complete its work-in-progress and sell that work and its inventory for their value (in the event, work-in-progress was sold for materially less than its appraised value); and *(c)* ELSI's actual inability to arrange the showing and sale of its plant, product lines and equipment and its inability to bring to bear its knowledge of its assets and of the industry so as to raise the maximum return from the sale of those assets (including intangible assets).

à laquelle est parvenu le tribunal [de Palerme] est amplement motivée de façon convaincante ... en tout cas ... il n'y a aucune preuve que de tels dommages aient été subis à cet égard ».

La cour d'appel a attribué un effet déterminant à ce qu'elle a considéré comme l'état d'insolvabilité antérieur de l'ELSI et elle a jugé qu'« il est donc certain » qu'on ne saurait considérer qu'il puisse y avoir des « dommages et intérêts puisque les dommages sont liés à la faillite ». Rien ne prouvait la fiabilité des chiffres figurant au bilan, ni que la dépréciation invoquée par le syndic avait été causée par la réquisition. Aucun expert ne pouvait, en 1974, établir la valeur réelle de l'usine et de l'équipement à la date de l'ordonnance de réquisition.

Comme je l'ai relevé plus haut, la cour d'appel a néanmoins jugé que l'appel était justifié « en ce qui concerne les dommages découlant de l'impossibilité d'utiliser l'usine, les installations et l'équipement qui ont fait l'objet de l'ordonnance de réquisition... » Elle a jugé qu'il était incontestable que, si l'ordonnance de réquisition avait été légale, elle aurait nécessité le versement d'une indemnité et qu'il était d'autant plus illogique de ne pas verser une indemnité pour une réquisition illégale. La privation de la jouissance d'un bien constitue un sacrifice économique qui implique le versement d'une indemnisation si elle est effectuée légalement, et une compensation des dommages est requise lorsqu'elle est illégale. L'autorité ayant opéré la réquisition se devait au moins de payer la valeur économique de la possession qu'elle avait des biens réquisitionnés. De surcroît, « le fait que le syndic a pris possession tardivement a retardé toutes les opérations de liquidation et, partant, la réalisation des biens réquisitionnés, ce qui a entraîné un dommage évident » pour la masse des créanciers. La cour d'appel, « en l'absence de preuves de dommages plus importants », a assimilé le dommage à un intérêt de 5 pour cent par an sur la valeur de la propriété réquisitionnée, telle que cette valeur avait été fixée par l'expert nommé par le syndic, soit une somme qui s'est élevée à 114 014 711 lires, plus les intérêts à compter de la date à laquelle la réquisition a pris fin.

Le montant de l'indemnité accordée par la cour d'appel de Palerme et sa mesure peuvent-ils être considérés comme assurant une « pleine et entière réparation », aboutissant au même résultat que si l'ELSI n'avait jamais été réquisitionnée ? Sûrement pas. Que la réquisition ait été ou non à l'origine de la faillite de l'ELSI — et même en admettant qu'elle n'en a pas été « la » cause — la réquisition a fait subir à l'ELSI et à ses créanciers un préjudice non réparé, qui comprend : *a)* le fait que l'ELSI n'a pas été à même de céder ses créances à recouvrer à 100 pour cent de leur valeur nominale ; *b)* le fait que l'ELSI n'a pas été à même d'achever les fabrications en cours et de les vendre, ainsi que ses stocks, à leur valeur (en fait, les fabrications en cours ont été vendues à un prix sensiblement inférieur à la valeur à laquelle elles avaient été estimées) ; et *c)* le fait que l'ELSI n'a pas été à même de prendre des dispositions pour faire visiter et vendre son usine, ses lignes de production et son équipement et le fait qu'elle n'a pas

It cannot be supposed that the sale of the company's assets in bankruptcy proceedings could have realized the full value of ELSI's assets. That would have been unlikely in any bankruptcy sale; it is the less likely to have been the case in the circumstances of the sale as it eventually took place. For the reasons just stated, the amount awarded by the Court of Appeal of Palermo cannot have filled the large gap between the amount realized in the bankruptcy proceedings and the value of ELSI's assets.

It may of course be maintained that, even in the absence of the requisition, ELSI would have gone bankrupt. That indeed is the essential conclusion of the Italian courts and of this Chamber. But this conclusion does not take account of the fact — or of what is believed to have been shown in this opinion to be the fact — that, if the requisition had not been imposed when it was imposed, ELSI would have been enabled to realize materially more from its assets than in fact was realized, even if, at some point, ELSI might have been obliged to go into bankruptcy.

It accordingly follows that ELSI was not placed in the position it would have been in had there been no requisition. The equivalent result was not attained by Italian administrative and judicial processes, however estimable they were. Thus, in my view, those processes do not absolve Italy of having committed an arbitrary act within the meaning of the Treaty's Supplementary Agreement.

(Signed) Stephen M. SCHWEBEL.

---

pu, elle qui savait en quoi consistaient ses biens et connaissait cette branche d'activité, tirer le maximum de la vente de ces avoirs (et des avoirs incorporels). On ne peut imaginer que le produit de la vente des biens de la société dans une procédure de faillite puisse avoir atteint la valeur totale du patrimoine de l'ELSI. Cela aurait été improbable s'agissant d'une vente organisée dans le cadre d'une faillite ; et il est encore moins probable que cela ait pu être le cas dans les circonstances dans lesquelles la vente a finalement eu lieu. Pour les raisons que je viens d'exposer, le montant accordé par la cour d'appel de Palerme ne peut avoir comblé la grande différence entre le produit de la vente organisée dans la procédure de faillite et la valeur des avoirs de l'ELSI.

On peut certes soutenir que, même en l'absence de réquisition, l'ELSI aurait fait faillite. Telle est d'ailleurs la conclusion essentielle des juridictions italiennes et de la Chambre. Mais cette conclusion ne tient pas compte du fait — j'espère avoir démontré dans la présente opinion que c'est un fait — que, si la réquisition n'avait pas été imposée au moment où elle l'a été, l'ELSI aurait été à même d'obtenir une somme sensiblement plus élevée de ses avoirs que ce qui a en fait été obtenu, même si, à un moment donné, l'ELSI aurait pu être acculée à la faillite.

Il s'ensuit que l'ELSI n'a pas été placée dans la situation qui aurait été la sienne s'il n'y avait pas eu de réquisition. Le résultat équivalent n'a pas été assuré par les procédures administratives et judiciaires italiennes, si dignes d'estime soient-elles, si bien qu'à mon avis l'Italie reste coupable d'avoir commis un acte arbitraire au sens de l'accord complétant le traité.

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING BORDER AND TRANSBORDER ARMED ACTIONS

(NICARAGUA *v.* HONDURAS)

ORDER OF 31 AUGUST 1989

1989

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE RELATIVE À DES ACTIONS ARMÉES FRONTALIÈRES ET TRANSFRONTALIÈRES

(NICARAGUA c. HONDURAS)

ORDONNANCE DU 31 AOÛT 1989

Official citation :

Border and Transborder Armed Actions
(Nicaragua v. *Honduras), Order of 31 August 1989,*
I.C.J. Reports 1989, p. 123.

Mode officiel de citation :

Actions armées frontalières et transfrontalières
(Nicaragua c. Honduras), ordonnance du 31 août 1989,
C.I.J. Recueil 1989, p. 123.

Sales number
N° de vente : **564**

31 AUGUST 1989

ORDER

BORDER AND TRANSBORDER ARMED ACTIONS
(NICARAGUA *v.* HONDURAS)

ACTIONS ARMÉES FRONTALIÈRES ET TRANSFRONTALIÈRES
(NICARAGUA c. HONDURAS)

31 AOÛT 1989

ORDONNANCE

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

1989
31 August
General List
No. 74

YEAR 1989

31 August 1989

CASE CONCERNING BORDER AND TRANSBORDER ARMED ACTIONS

(NICARAGUA *v.* HONDURAS)

ORDER

The President of the International Court of Justice,

Having regard to Article 48 of the Statute of the Court and to Article 44 of the Rules of Court,

Having regard to the Order of 21 April 1989 by which time-limits for the written proceedings on the merits were fixed as follows: 19 September 1989 for the Memorial of Nicaragua and 19 February 1990 for the Counter-Memorial of Honduras,

Whereas by letters dated 15 August 1989 and 16 August 1989 respectively the Agent of Nicaragua and the Agent of Honduras brought to the notice of the Court certain agreements reached by the Presidents of the Central American countries (including the Parties to the present case) at a meeting in Tela, Honduras, from 5 to 7 August 1989;

Whereas the Agent of Nicaragua stated in his letter that in one of those agreements Nicaragua had committed itself *inter alia* to requesting a postponement of the time-limit for submission of its Memorial on the merits and that his Government, in compliance with this commitment, requested the fixing of a new date for the filing of its Memorial and, in view of the terms of the said agreement, proposed that such new date be 8 December 1989;

Whereas the Government of Honduras, having been afforded an opportunity, in accordance with Article 44, paragraph 3, of the Rules of

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1989

1989
31 août
Rôle général
n° 74

31 août 1989

AFFAIRE RELATIVE À DES ACTIONS ARMÉES FRONTALIÈRES ET TRANSFRONTALIÈRES

(NICARAGUA c. HONDURAS)

ORDONNANCE

Le Président de la Cour internationale de Justice,

Vu l'article 48 du Statut de la Cour et l'article 44 de son Règlement,

Vu l'ordonnance du 21 avril 1989 par laquelle les dates d'expiration des délais pour le dépôt de pièces de procédure écrite sur le fond ont été fixées comme suit : pour le mémoire du Nicaragua, le 19 septembre 1989, et pour le contre-mémoire du Honduras, le 19 février 1990;

Considérant que, par lettres datées du 15 août 1989 et du 16 août 1989 respectivement, l'agent du Nicaragua et l'agent du Honduras ont porté à la connaissance de la Cour certains accords conclus par les Présidents des pays d'Amérique centrale (y compris les Parties au présent différend) lors d'une réunion tenue à Tela (Honduras), du 5 au 7 août 1989;

Considérant que l'agent du Nicaragua a déclaré dans sa lettre que, dans l'un de ces accords, le Nicaragua s'était engagé notamment à demander le report de la date d'expiration du délai pour le dépôt de son mémoire sur le fond, que son gouvernement demandait, conformément à cet engagement, qu'une nouvelle date soit fixée pour le dépôt de son mémoire et que, eu égard aux termes dudit accord, il proposait que cette nouvelle date soit fixée au 8 décembre 1989;

Considérant que le Gouvernement du Honduras, auquel l'occasion a été donnée, conformément au paragraphe 3 de l'article 44 du Règlement

Court, to state its view on the request of Nicaragua, informed the Court, by a letter from its Agent dated 22 August 1989, that it welcomed the request and had no observations to make on it;

Whereas in the circumstances brought to the Court's attention by the Parties the request for extension of the time-limit for the filing of the Memorial may be granted while reserving the question of extension of the time-limit for the filing of the Counter-Memorial;

Extends to 8 December 1989 the time-limit for the filing by the Republic of Nicaragua of a Memorial on the merits in the case;

And reserves the subsequent procedure for further decision.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this thirty-first day of August, one thousand nine hundred and eighty-nine, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Republic of Nicaragua and the Government of the Republic of Honduras, respectively.

(Signed) José María RUDA,
President.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

---

de la Cour, de faire connaître ses vues sur la demande du Nicaragua, a informé la Cour, par une lettre de son agent datée du 22 août 1989, qu'il se félicitait de cette demande et n'avait pas d'observations à formuler à son sujet;

Considérant que, dans les circonstances que les Parties ont portées à l'attention de la Cour, la demande de prorogation du délai pour le dépôt du mémoire peut être admise, la question de la prorogation du délai pour le dépôt du contre-mémoire étant réservée;

Reporte au 8 décembre 1989 la date d'expiration du délai pour le dépôt par la République du Nicaragua d'un mémoire sur le fond en l'espèce;

Réserve la suite de la procédure.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au palais de la Paix, à La Haye, le trente et un août mil neuf cent quatre-vingt-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République du Nicaragua et au Gouvernement de la République du Honduras.

Le Président,
(Signé) José María RUDA.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE RELATIVE À LA SENTENCE ARBITRALE DU 31 JUILLET 1989

(GUINÉE-BISSAU c. SÉNÉGAL)

ORDONNANCE DU 1ER NOVEMBRE 1989

1989

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING THE ARBITRAL AWARD OF 31 JULY 1989

(GUINEA-BISSAU *v.* SENEGAL)

ORDER OF 1 NOVEMBER 1989

Mode officiel de citation :
Sentence arbitrale du 31 juillet 1989,
ordonnance du 1er novembre 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 126.

Official citation :
Arbitral Award of 31 July 1989,
Order of 1 November 1989, I.C.J. Reports 1989, p. 126.

N° de vente :
Sales number **566**

1ER NOVEMBRE 1989

ORDONNANCE

SENTENCE ARBITRALE DU 31 JUILLET 1989
(GUINÉE-BISSAU c. SÉNÉGAL)

ARBITRAL AWARD OF 31 JULY 1989
(GUINEA-BISSAU *v.* SENEGAL)

1 NOVEMBER 1989

ORDER

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

1989
1er novembre
Rôle général
n° 82

ANNÉE 1989

1er novembre 1989

AFFAIRE RELATIVE À LA SENTENCE ARBITRALE DU 31 JUILLET 1989

(GUINÉE-BISSAU c. SÉNÉGAL)

ORDONNANCE

Présents: M. RUDA, *Président*; M. MBAYE, *Vice-Président*; MM. LACHS, ELIAS, ODA, AGO, SCHWEBEL, sir Robert JENNINGS, MM. NI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK, *juges*; M. VALENCIA-OSPINA, *Greffier*.

La Cour internationale de Justice,

Ainsi composée,

Vu l'article 48 du Statut de la Cour et les articles 31, 44, 45 et 48 de son Règlement,

Vu la requête enregistrée au Greffe de la Cour le 23 août 1989 par laquelle la République de Guinée-Bissau a introduit une instance contre la République du Sénégal au sujet d'un différend relatif à l'existence et à la validité de la sentence arbitrale rendue le 31 juillet 1989 par le Tribunal arbitral pour la détermination de la frontière maritime entre les deux Etats;

Considérant que, le 23 août 1989, une copie de la requête a été transmise à la République du Sénégal;

Considérant que la République de Guinée-Bissau a désigné comme agent M. Fidélis Cabral de Almada, ministre d'Etat à la Présidence du Conseil d'Etat, et que la République du Sénégal a désigné comme agent

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 1989

1989
1 November
General List
No. 82

1 November 1989

CASE CONCERNING THE ARBITRAL AWARD OF 31 JULY 1989

(GUINEA-BISSAU *v.* SENEGAL)

ORDER

Present: *President* RUDA; *Vice-President* MBAYE; *Judges* LACHS, ELIAS, ODA, AGO, SCHWEBEL, Sir Robert JENNINGS, NI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK; *Registrar* VALENCIA-OSPINA.

The International Court of Justice,

Composed as above,

Having regard to Article 48 of the Statute of the Court and to Articles 31, 44, 45 and 48 of the Rules of Court,

Having regard to the Application filed by the Republic of Guinea-Bissau in the Registry of the Court on 23 August 1989 instituting proceedings against the Republic of Senegal in respect of a dispute concerning the existence and validity of the arbitral award delivered on 31 July 1989 by the Arbitration Tribunal for the Determination of the Maritime Boundary between the two States;

Whereas on 23 August 1989 a copy of the Application was transmitted to the Republic of Senegal;

Whereas the Republic of Guinea-Bissau has appointed as Agent Mr. Fidélis Cabral de Almada, Minister of State attached to the Presidency of the Council of State, and the Republic of Senegal has appointed

M. Doudou Thiam, avocat à la Cour, ancien bâtonnier, membre de la Commission du droit international des Nations Unies;

S'étant renseignée auprès des Parties,

Fixe comme suit les dates d'expiration des délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite:

Pour le mémoire de la République de Guinée-Bissau, le 2 mai 1990;

Pour le contre-mémoire de la République du Sénégal, le 31 octobre 1990;

Réserve la suite de la procédure.

Fait en français et en anglais, le texte français faisant foi, au palais de la Paix, à La Haye, le premier novembre mil neuf cent quatre-vingt-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République de Guinée-Bissau et au Gouvernement de la République du Sénégal.

Le Président,
(Signé) José Maria RUDA.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

as Agent Mr. Doudou Thiam, Advocate, former *Bâtonnier*, member of the United Nations International Law Commission;

Having ascertained the views of the Parties,

Fixes the following time-limits for the written proceedings:

2 May 1990 for the Memorial of the Republic of Guinea-Bissau;

31 October 1990 for the Counter-Memorial of the Republic of Senegal;

And reserves the subsequent procedure for further decision.

Done in French and in English, the French text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this first day of November, one thousand nine hundred and eighty-nine, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Republic of Guinea-Bissau and the Government of the Republic of Senegal, respectively.

(Signed) José María RUDA,
President.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING THE LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDER OF 13 DECEMBER 1989

1989

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE DU DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDONNANCE DU 13 DÉCEMBRE 1989

Official citation :
Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Order of 13 December 1989, I.C.J. Reports 1989, p. 129.

Mode officiel de citation :
Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), ordonnance du 13 décembre 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 129.

Sales number
N° de vente : **569**

13 DECEMBER 1989

ORDER

LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE
(EL SALVADOR/HONDURAS)

DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME
(EL SALVADOR/HONDURAS)

13 DÉCEMBRE 1989

ORDONNANCE

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

1989
13 December
General List
No. 75

YEAR 1989

13 December 1989

CASE CONCERNING THE LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDER

The President of the Chamber of the International Court of Justice formed to deal with the above-mentioned case,

Having regard to Article 48 of the Statute of the Court and to Article 18, paragraph 3, and Articles 44 and 92 of the Rules of Court,

Having regard to the Special Agreement concluded on 24 May 1986 between the Republic of El Salvador and the Republic of Honduras for the submission to a chamber of the Court of a land, island and maritime frontier dispute between the two States and to the Order of 8 May 1987 by which the Court decided to accede to the request of the Parties to form a special chamber of five judges to deal with the case, and declared the Chamber to have been duly constituted,

Having regard to the Order made by the Court on 27 May 1987 by which 1 June 1988 was fixed as the time-limit for the filing by each of the Parties of a Memorial and to the Order made by the Chamber on 29 May 1987 by which it authorized the filing of Counter-Memorials and Replies in the present case as contemplated by the Special Agreement, and fixed 1 February 1989 as the time-limit for the filing by each of the Parties of a Counter-Memorial and 1 August 1989 as the time-limit for the filing by each of the Parties of a Reply, and

Having regard to the Order made by the President of the Chamber on 12 January 1989 extending, at the request of the Parties, the time-limit for

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1989

1989
13 décembre
Rôle général
n° 75

13 décembre 1989

AFFAIRE DU DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDONNANCE

Le président de la Chambre constituée par la Cour internationale de Justice pour connaître de l'affaire susmentionnée,

Vu l'article 48 du Statut de la Cour, le paragraphe 3 de l'article 18 du Règlement de la Cour et les articles 44 et 92 dudit Règlement,

Vu le compromis conclu le 24 mai 1986 entre la République d'El Salvador et la République du Honduras, visant à soumettre à une chambre de la Cour un différend frontalier terrestre, insulaire et maritime entre les deux Etats, et l'ordonnance du 8 mai 1987 par laquelle la Cour a décidé d'accéder à la demande des Parties tendant à ce que soit constituée une chambre spéciale de cinq juges pour connaître de l'affaire, et a déclaré la Chambre dûment constituée,

Vu l'ordonnance rendue par la Cour le 27 mai 1987, par laquelle elle a fixé au 1er juin 1988 la date d'expiration du délai pour le dépôt par chacune des Parties d'un mémoire, et l'ordonnance rendue par la Chambre le 29 mai 1987, par laquelle elle a autorisé la présentation de contre-mémoires et de répliques en la présente affaire, comme le prévoit le compromis, et fixé au 1er février 1989 la date d'expiration du délai pour le dépôt par chacune des Parties d'un contre-mémoire, et au 1er août 1989 la date d'expiration du délai pour le dépôt par chacune des Parties d'une réplique, et

Vu l'ordonnance rendue par le président de la Chambre le 12 janvier 1989 reportant, à la demande des Parties, l'expiration du délai pour le

the filing of the Counter-Memorials to 10 February 1989 and that for the filing of the Replies to 15 December 1989;

Whereas the Counter-Memorials of the two Parties were duly filed within the extended time-limit;

Whereas by a letter dated 27 November 1989, delivered by hand to the Registry on 6 December 1989, the Agent of Honduras requested the extension of the time-limit for the filing of the Replies to 12 January 1990;

Whereas the Agent of El Salvador, consulted pursuant to Article 44, paragraph 3, of the Rules of Court, indicated by a facsimile communication received in the Registry on 11 December 1989 that his Government had no objection to such extension,

Extends to 12 January 1990 the time-limit for the filing by each of the Parties of a Reply;

And reserves the subsequent procedure for further decision.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this thirteenth day of December, one thousand nine hundred and eighty-nine, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of El Salvador and the Government of Honduras, respectively.

(Signed) José SETTE-CAMARA,
President of the Chamber.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

---

dépôt des contre-mémoires au 10 février 1989 et celle du délai pour le dépôt des répliques au 15 décembre 1989;

Considérant que les contre-mémoires des deux Parties ont été dûment déposés dans le délai prorogé;

Considérant que, par une lettre datée du 27 novembre 1989, remise au Greffe de la main à la main le 6 décembre 1989, l'agent du Honduras a demandé que la date d'expiration du délai pour le dépôt des répliques soit reportée au 12 janvier 1990;

Considérant que l'agent d'El Salvador, consulté conformément au paragraphe 3 de l'article 44 du Règlement de la Cour, a indiqué, par une communication reçue au Greffe par télécopie le 11 décembre 1989, que son gouvernement n'avait pas d'objection contre un tel report,

Reporte au 12 janvier 1990 la date d'expiration du délai pour le dépôt d'une réplique par chacune des Parties;

Réserve la suite de la procédure.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au palais de la Paix, à La Haye, le treize décembre mil neuf cent quatre-vingt-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement d'El Salvador et au Gouvernement du Honduras.

Le président de la Chambre,
(Signé) José SETTE-CAMARA.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING THE AERIAL INCIDENT OF 3 JULY 1988

(ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN *v.* UNITED STATES OF AMERICA)

ORDER OF 13 DECEMBER 1989

1989

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE DE L'INCIDENT AÉRIEN DU 3 JUILLET 1988

(RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN c. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE)

ORDONNANCE DU 13 DÉCEMBRE 1989

Official citation :

Aerial Incident of 3 July 1988 (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Order of 13 December 1989, I.C.J. Reports 1989, p. 132.

Mode officiel de citation :

Incident aérien du 3 juillet 1988 (République islamique d'Iran c. Etats-Unis d'Amérique), ordonnance du 13 décembre 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 132.

Sales number
N° de vente : **570**

13 DECEMBER 1989

ORDER

AERIAL INCIDENT OF 3 JULY 1988

(ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN *v.* UNITED STATES OF AMERICA)

INCIDENT AÉRIEN DU 3 JUILLET 1988

(RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN c. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE)

13 DÉCEMBRE 1989

ORDONNANCE

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

1989
13 December
General List
No. 79

YEAR 1989

13 December 1989

CASE CONCERNING THE AERIAL INCIDENT OF 3 JULY 1988

(ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN *v.* UNITED STATES OF AMERICA)

ORDER

Present: *President* RUDA; *Judges* LACHS, ELIAS, ODA, AGO, SCHWEBEL, Sir Robert JENNINGS, BEDJAOUI, NI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK; *Registrar* VALENCIA-OSPINA.

The International Court of Justice,

Composed as above,

After deliberation,

Makes the following Order:

Having regard to Article 48 of the Statute of the Court and to Articles 31, 44, 45, 48 and 79 of the Rules of Court; and

Whereas on 17 May 1989 the Islamic Republic of Iran filed in the Registry of the Court an Application instituting proceedings against the United States of America in respect of a dispute concerning the interpretation and application of the 1944 Convention on International Civil Aviation and the 1971 Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation, which arose from the destruction of an Iranian aircraft, and the killing of its 290 passengers and crew, on 3 July 1988;

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1989

1989
13 décembre
Rôle général
n° 79

13 décembre 1989

AFFAIRE DE L'INCIDENT AÉRIEN DU 3 JUILLET 1988

(RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN c. ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE)

ORDONNANCE

Présents: M. RUDA, *Président*; MM. LACHS, ELIAS, ODA, AGO, SCHWEBEL, sir Robert JENNINGS, MM. BEDJAOUI, NI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK, *juges*; M. VALENCIA-OSPINA, *Greffier.*

La Cour internationale de Justice,

Ainsi composée,

Après délibéré en chambre du conseil,

Rend l'ordonnance suivante:

Vu l'article 48 du Statut de la Cour et les articles 31, 44, 45, 48 et 79 de son Règlement, et

Considérant que, le 17 mai 1989, la République islamique d'Iran a déposé au Greffe de la Cour une requête introductive d'instance contre les Etats-Unis d'Amérique au sujet d'un différend concernant l'interprétation et l'application de la convention de 1944 relative à l'aviation civile internationale et de la convention de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile, différend qui découle de la destruction, le 3 juillet 1988, d'un avion iranien et de la mort de ses deux cent quatre-vingt-dix passagers et membres d'équipage;

Whereas the United States of America was on 18 May 1989 notified by the Registrar of the filing of the Application and a copy of the Application was transmitted to it by him;

Whereas at the time of filing of the Application the Islamic Republic of Iran notified the Court of the appointment as Agent of Mr. Mohammed K. Eshragh, and by letter dated 9 August 1989, received in the Registry on 14 August 1989, the United States of America notified the Court of the appointment as Agent of Mr. Abraham D. Sofaer;

Whereas at a meeting between the President of the Court and the Agents of the Parties, convened by the President, pursuant to Article 31 of the Rules of Court, and held on 1 September 1989, the Agent of the United States of America stated that, as indicated in a letter filed in the Registry the same day, his Government intended to file preliminary objections to jurisdiction and admissibility prior to the filing of a Memorial by the Applicant;

Whereas at a further meeting between the President of the Court and the Agents of the Parties held on 12 September 1989 the Agent of the Islamic Republic of Iran stated that his Government contended that a preliminary objection should not be filed before the Memorial, and requested that appropriate time-limits be fixed for the written proceedings; and whereas the President of the Court then invited the Parties to state their respective positions more fully in writing with a view to a decision by the Court on the procedural question thus raised;

Whereas by a letter dated 26 September 1989 the Agent of the United States confirmed his Government's intention, and explained what was in the contention of the United States the legal basis in the Statute and Rules of Court for the filing of a preliminary objection prior to the filing of a Memorial by the Applicant;

Whereas by a letter dated 11 October 1989 the Agent of Iran contended on behalf of his Government that, for reasons explained in the letter, the United States was estopped and time-barred from raising jurisdictional questions; that even if the United States were still entitled to raise preliminary objections there was, for the reasons stated in the letter, no legal basis for the submission of preliminary objections prior to the filing of the Memorial in the present case; and whereas the Agent of Iran therefore requested the Court to fix time-limits for the written proceedings;

Whereas the time-limit for filing a preliminary objection is fixed by Article 79 of the Rules of Court, which provides that such an objection shall be made "within the time-limit fixed for the delivery of the Counter-Memorial"; whereas the Court is not at the present time seised of a preliminary objection by the United States; and whereas accordingly the Court is not called upon, at the present stage of the proceedings, to pro-

Considérant que le dépôt de cette requête a été notifié le 18 mai 1989 aux Etats-Unis d'Amérique par le Greffier et qu'il leur en a transmis une copie;

Considérant que, au moment du dépôt de la requête, la République islamique d'Iran a fait savoir à la Cour qu'elle avait désigné M. Mohammad K. Eshragh comme agent, et que par lettre du 9 août 1989, reçue au Greffe le 14 août 1989, les Etats-Unis d'Amérique lui ont fait savoir qu'ils avaient désigné M. Abraham D. Sofaer comme agent;

Considérant qu'au cours d'une réunion tenue le 1er septembre 1989 entre le Président de la Cour et les agents des Parties, convoqués par le Président en application de l'article 31 du Règlement de la Cour, l'agent des Etats-Unis d'Amérique a déclaré que son gouvernement avait l'intention, comme indiqué dans une lettre déposée au Greffe le même jour, de soulever, avant le dépôt d'un mémoire par le demandeur, des exceptions préliminaires d'incompétence et d'irrecevabilité;

Considérant qu'au cours d'une réunion ultérieure entre le Président de la Cour et les agents des Parties, tenue le 12 septembre 1989, l'agent de la République islamique d'Iran a déclaré que son gouvernement soutenait qu'aucune exception préliminaire ne devait être introduite avant le dépôt du mémoire et qu'il a demandé que des délais appropriés fussent fixés pour la procédure écrite; et que le Président de la Cour a alors invité les Parties à exposer leur position respective plus en détail et par écrit, afin que la Cour puisse se prononcer sur la question de procédure qui se posait en conséquence;

Considérant que, par lettre du 26 septembre 1989, l'agent des Etats-Unis a confirmé l'intention de son gouvernement et a indiqué sur quelle base juridique dans le Statut et le Règlement de la Cour un défendeur peut, selon les Etats-Unis, déposer une exception préliminaire avant le dépôt du mémoire par le demandeur;

Considérant que, par lettre du 11 octobre 1989, l'agent de l'Iran a soutenu au nom de son gouvernement que, pour les raisons exposées dans cette lettre, des questions de compétence ne pouvaient plus être soulevées par les Etats-Unis du fait de la forclusion encourue et par application des règles de l'*estoppel*; que, même si les Etats-Unis étaient encore en droit de soulever des exceptions préliminaires, la présentation de telles exceptions avant le dépôt du mémoire ne reposerait en l'espèce sur aucune base juridique, pour les raisons exposées dans ladite lettre; et considérant que l'agent de l'Iran a demandé par suite à la Cour de fixer des délais pour la procédure écrite;

Considérant que le délai dans lequel une exception préliminaire doit être déposée est prévu à l'article 79 du Règlement de la Cour, qui dispose qu'une telle exception doit être présentée « dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire »; que la Cour n'est pas saisie à l'heure actuelle d'une exception préliminaire des Etats-Unis; et qu'en conséquence il n'y a pas lieu pour la Cour, au présent stade de la procédure, de se prononcer sur la

nounce on the questions of preclusion and estoppel raised by Iran, whose views in this respect may be put forward later;

Whereas, in accordance with Article 79, paragraph 1, of the Rules of Court, while a respondent which wishes to submit a preliminary objection is entitled before doing so to be informed as to the nature of the claim by the submission of a Memorial by the Applicant, it may nevertheless file its objection earlier,

THE COURT,

Unanimously,

Fixes the following time-limits for the written proceedings:

12 June 1990 for the Memorial of the Islamic Republic of Iran;

10 December 1990 for the Counter-Memorial of the United States of America;

And reserves the subsequent procedure for further decision.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this thirteenth day of December, one thousand nine hundred and eighty-nine, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Islamic Republic of Iran and the Government of the United States of America, respectively.

(Signed) José María RUDA,
President.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

Judge ODA appends a declaration to the Order of the Court.

Judges SCHWEBEL and SHAHABUDDEEN append separate opinions to the Order of the Court.

(Initialled) J.M.R.
(Initialled) E.V.O.

---

forclusion et l'*estoppel* soulevés par l'Iran, à qui il appartiendra par la suite de faire éventuellement valoir son point de vue à cet égard;

Considérant que, conformément au paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement de la Cour, si un défendeur désireux de présenter une exception préliminaire est en droit d'être renseigné auparavant sur la nature de la demande, grâce à la présentation par le demandeur d'un mémoire, il peut néanmoins déposer son exception plus tôt,

LA COUR,

à l'unanimité,

Fixe comme suit la date d'expiration des délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite:

Pour le mémoire de la République islamique d'Iran, le 12 juin 1990;

Pour le contre-mémoire des Etats-Unis d'Amérique, le 10 décembre 1990;

Réserve la suite de la procédure.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au palais de la Paix, à La Haye, le treize décembre mil neuf cent quatre-vingt-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République islamique d'Iran et au Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique.

Le Président,
(Signé) José María RUDA.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

M. ODA, juge, joint une déclaration à l'ordonnance.

MM. SCHWEBEL et SHAHABUDDEEN, juges, joignent à l'ordonnance les exposés de leur opinion individuelle.

(Paraphé) J.M.R.
(Paraphé) E.V.O.

DECLARATION OF JUDGE ODA

I agree to the operative part of the Order which unanimously fixes the time-limits for the written proceedings. However, I feel bound to declare that, while I agree with the substance of the statement in the last paragraph of the preambular part reading that:

> "Whereas, in accordance with Article 79, paragraph 1, of the Rules of Court, while a respondent which wishes to submit a preliminary objection is entitled before doing so to be informed as to the nature of the claim by the submission of a Memorial by the Applicant, it may nevertheless file its objection earlier",

I have two observations in respect of this statement. As observed in the Order, "the Court is not at the present time seised of a preliminary objection by the United States". This being so, it seems to me that it is not required at this stage to take any decision on whether the preliminary objection may be submitted before the filing of the Memorial. Moreover, if the Court is to make such an important interpretation of its Rules as is given in the passage quoted above, this should, in my view, be dealt with in the operative part, not in the preambular part of the Order.

(Signed) Shi ru ODA.

DÉCLARATION DE M. ODA

[Traduction]

Je souscris au dispositif de l'ordonnance, dans lequel la Cour fixe à l'unanimité la date d'expiration des délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite. Je crois toutefois devoir déclarer que, bien que j'approuve pour l'essentiel le contenu du dernier considérant, ainsi rédigé:

> « Considérant que, conformément au paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement de la Cour, si un défendeur désireux de présenter une exception préliminaire est en droit d'être renseigné auparavant sur la nature de la demande, grâce à la présentation par le demandeur d'un mémoire, il peut néanmoins déposer son exception plus tôt »,

j'ai deux observations a formuler à son sujet. Comme il est relevé dans l'ordonnance, « la Cour n'est pas saisie à l'heure actuelle d'une exception préliminaire des Etats-Unis ». Dans ces conditions, il me semble qu'elle n'est pas tenue, au stade actuel, de se prononcer sur le point de savoir si l'exception préliminaire peut être présentée avant le dépôt du mémoire. En outre, si la Cour veut donner de son Règlement une interprétation de l'importance de celle qui en est donnée dans le passage cité ci-dessus, cette interprétation devrait, à mon avis, figurer dans le dispositif et non dans le préambule de l'ordonnance.

(Signé) Shigeru ODA.

SEPARATE OPINION OF JUDGE SCHWEBEL

I have voted for the Order of the Court, which is in accordance with the pertinent provisions of the Rules of Court and, I believe, predominant practice in pursuance of those provisions. Since some doubt has been expressed about the consistency of the last recital of the Order with the practice of the Court, however, it may be useful to set out my understanding of why that sparse and somewhat divergent practice is not inconsistent with the intent and terms of the Rules and with the provisions of this Order.

There appears to be no difference in the Court about the tenor of the terms of the Rules, i.e., of the provisions of Article 79. Paragraph 1 of Article 79 provides:

> "*Any* objection by the respondent to the jurisdiction of the Court ... the decision upon which is requested before *any* further proceedings on the merits, shall be made in writing within the time-limit fixed for the delivery of the Counter-Memorial ..." (Emphasis added.)

Paragraph 3 provides:

> "Upon receipt by the Registry of a preliminary objection, the proceedings on the merits *shall* be suspended and the Court ... shall fix the time-limit within which the other party may present a written statement of its observations and submissions ..." (Emphasis added.)

It follows that not only some but "any" — that is to say, "no matter which", "all", "every" (*Webster's New International Dictionary of the English Language*, 2nd ed., unabridged, 1945, p. 121) — objection by the respondent to the jurisdiction of the Court, the decision upon which objection is requested before "any" further proceedings on the merits, shall be dealt with as prescribed by Article 79. "Any" further proceedings on the merits must be understood to be just that: that is, all such proceedings, whether they be the Memorial (if the preliminary objection is filed before the Memorial has been filed), or subsequent pleadings, written or oral. The sole qualifications to this rule are that the objection shall be made "in writing" and "within the time-limit fixed for the delivery of the Counter-Memorial". The outer time-limit so fixed clearly embraces the period of time between the filing of the Application and the filing of the applicant's Memorial on the merits as well as the time between the filing of the Memorial and the delivery of the Counter-Memorial. Upon receipt

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SCHWEBEL

[Traduction]

J'ai voté pour l'ordonnance de la Cour, qui est conforme aux dispositions pertinentes de son Règlement et, je le crois, à la pratique dominante relative à l'application de ces dispositions. Toutefois, vu que certains doutes ont été exprimés à propos de la concordance du dernier considérant de l'ordonnance avec la pratique de la Cour, il est peut-être utile que j'indique pourquoi, à mon avis, cette pratique clairsemée et quelque peu divergente n'est en contradiction ni avec le sens et la teneur du Règlement ni avec les dispositions de la présente ordonnance.

Il n'y a apparemment aucun désaccord au sein de la Cour quant au sens des dispositions du Règlement, c'est-à-dire des dispositions de l'article 79. Le paragraphe 1 de cet article dispose :

> « *Toute* [*any*] exception à la compétence de la Cour ... sur laquelle le défendeur demande une décision avant que *la* [*any*] procédure sur le fond se poursuive doit être présentée par écrit dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire... » (Les italiques sont de moi.)

Le paragraphe 3 stipule :

> « Dès réception par le Greffe de l'acte introductif de l'exception, la procédure sur le fond *est* [*shall* be] suspendue et la Cour ... fixe le délai dans lequel la partie contre laquelle l'exception est introduite peut présenter un exposé écrit contenant ses observations et conclusions... » (Les italiques sont de moi.)

Il s'ensuit que, non pas certaines exceptions seulement mais « toute » *(any)* — c'est-à-dire « n'importe quelle » *(no matter which)*, « toutes » *(all)*, « chaque » *(every)* (*Webster's New International Dictionary of the English Language*, deuxième édition intégrale, 1945, p. 121) — exception à la compétence de la Cour soulevée par le défendeur, sur laquelle il demande une décision avant que « la » *(any)* procédure sur le fond se poursuive, doit être traitée conformément aux stipulations de l'article 79. Par « la » *(any)* procédure sur le fond, on doit entendre exactement cela : c'est-à-dire tout acte de procédure, qu'il s'agisse du mémoire (si l'exception préliminaire est introduite avant le dépôt du mémoire) ou d'actes de procédure ultérieurs, écrits ou oraux. Les seules conditions dont cette règle est assortie sont que l'exception doit être présentée « par écrit » et « dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire ». Il est clair que la limite ultime ainsi fixée comprend la période qui va du dépôt de la requête au dépôt du mémoire du requérant sur le fond et celle qui va du dépôt du mémoire à celui du

by the Registry of a preliminary objection, the proceedings on the merits "shall" — i.e., must — be suspended; this is a mandatory provision to which the Court gives automatic effect.

That this interpretation of the rule is the correct interpretation is supported by the published references to the *travaux préparatoires* of Article 79 found in an authoritative article by Judge Jiménez de Aréchaga, then President of the Court. He recounts that, while it was decided not to require that a party should file a preliminary objection as soon as it receives the Application because "it was felt that a Respondent had a right to wait for the full development of the Applicant's case in the Memorial before being obliged to file its objection", the purpose of omitting such a requirement was to protect "the right of defense of the Respondent". He accordingly imports that, if the respondent were to choose to file its preliminary objection before the applicant were to file its Memorial, that would be a permissible procedure; any burden of so proceeding would be assumed by it (Eduardo Jiménez de Aréchaga, "The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice", *American Journal of International Law*, 1973, Vol. 67, p. 19).

The evolution of thinking in the Court from as early as 1922 to the adoption of the Rules currently in force on the question of whether or not a preliminary objection by a respondent may be filed before the presentation of the applicant's Memorial is well set out in the separate opinion of Judge Shahabuddeen which follows this opinion. It is clear that views in the Court have fluctuated, in response to competing considerations. On the one hand, there has been the view that it is preferable that, as Judge Anzilotti in 1926 put it, "the Court should only deal with the question of jurisdiction when it had before it the merits of the case . . . at all events up to a certain point" (*P.C.I.J., Series D, Addendum to No. 2*, p. 79). On the other hand, there has been the view that it is preferable that, as the then Registrar and later Judge Ake Hammarskjöld maintained,

> "a State should be able to stop the proceedings before any discussion on the merits . . . any inequality between the Parties must be avoided and that equality might not be secured if the Court decided the question of jurisdiction after having received a Case on the merits from one Party only" (*ibid.*, p. 84).

Lord Finlay took an intermediate position:

> "Often, a State against whom an action was brought before the Court, simply declared that the Court had no jurisdiction and refused to acknowledge the obligation which the other side had alleged to exist under some treaty. In that case, it was necessary that the Court should be able to decide in a summary and rapid manner in regard to that first objection. But often also, the question of jurisdiction and the merits were so intermingled that it was difficult, sometimes impossible, to decide the question of jurisdiction before

contre-mémoire. Dès réception par le Greffe d'une exception préliminaire, la procédure sur le fond « est » (*shall* be) — c'est-à-dire doit être — suspendue; il s'agit d'une disposition impérative à laquelle la Cour donne automatiquement effet.

La justesse de cette interprétation du Règlement est confirmée par les références aux travaux préparatoires portant sur l'article 79, que l'on trouve dans un article faisant autorité dont M. Jiménez de Aréchaga, ancien Président de la Cour, est l'auteur. Celui-ci rapporte que, s'il a été décidé de ne pas obliger la partie qui souhaite présenter une exception préliminaire à le faire aussitôt après avoir reçu la requête, parce que l'« on a estimé que le défendeur avait le droit d'attendre l'exposé intégral de l'argumentation du requérant dans le mémoire avant d'être tenu de déposer son exception », l'omission d'une telle condition visait à protéger « les droits du défendeur ». Par conséquent, si le défendeur décidait de présenter son exception préliminaire avant le dépôt du mémoire, une telle procédure serait acceptable, les inconvénients éventuels de ce choix étant assumés par le défendeur (Eduardo Jiménez de Aréchaga, « The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, 1973, vol. 67, p. 19).

De 1922 à l'adoption du Règlement actuellement en vigueur, le point de vue de la Cour sur la question de savoir si une exception préliminaire émanant du défendeur peut être présentée avant le dépôt du mémoire du requérant a subi une évolution qui est bien retracée dans l'opinion individuelle de M. Shahabuddeen qui suit la présente opinion. Il est certain que les idées, au sein de la Cour, ont fluctué en présence de considérations opposées. Certains ont estimé, comme M. Anzilotti en 1926, que « la Cour ne doit s'occuper de la compétence que lorsqu'elle connaît le fond de l'affaire ... du moins jusqu'à un certain point » (*C.P.J.I. série D, Addendum au n° 2*, p. 79). En revanche, d'autres ont considéré, comme le Greffier de l'époque, M. Ake Hammarskjöld, qui devait devenir juge, qu'il était

> « nécessaire que l'Etat ait la possibilité d'arrêter la procédure avant toute discussion sur le fond ... [qu'il fallait] éviter toute inégalité entre les parties et que l'égalité [pouvait] n'être pas assurée si la Cour se pronon[çait] sur la question de compétence après avoir reçu, de l'une des parties seulement, un mémoire sur le fond » (*ibid.*, p. 84).

Lord Finlay a pris une position intermédiaire:

> « Souvent, l'Etat cité devant la Cour déclarera sans autre que celle-ci est incompétente et récusera l'obligation que l'adversaire a pu voir dans un traité. Dans ce cas, il importe que la Cour puisse se prononcer d'une façon sommaire et rapide sur cette première exception. Mais, souvent aussi, la question de compétence et la question de fond sont tellement entremêlées qu'il est difficile, parfois impossible, de trancher la question de compétence avant d'avoir examiné le fond. Dès lors, il n'est pas indiqué d'introduire dans le Règlement une règle

examining the merits. It did not therefore seem right to insert in the Rules an invariable rule. It should rather be for the Court to exercise its power of discrimination by deciding in accordance with the circumstances of each case." (*P.C.I.J., Series D, Addendum to No. 2*, p. 87.)

In 1926, the Court decided in favour of the position of Judge Anzilotti; in 1936, as Judge Shahabuddeen more fully describes, the Court reversed that position to permit a preliminary objection to be filed before as well as after the filing of the applicant's Memorial. The Court, when reconstituted as the International Court of Justice in 1946, maintained that reversed position in its 1946 Rules and in the Rules adopted in 1972, which were maintained on this point in 1978 in the terms in which Article 79 of the Rules of Court today appear.

At the same time, apparently in order to conciliate the positions represented at one extreme in the Anzilotti approach and at the other extreme in the Hammarskjöld approach, the Court adopted what is now paragraphs 5 and 6 of Article 79, providing:

"5. The statements of fact and law in the pleadings referred to in paragraphs 2 and 3 of this Article, and the statements and evidence presented at the hearings contemplated by paragraph 4, shall be confined to those matters that are relevant to the objection.

6. In order to enable the Court to determine its jurisdiction at the preliminary stage of the proceedings, the Court, whenever necessary, may request the parties to argue all questions of law and fact, and to adduce all evidence, which bear on the issue."

Accordingly, in the pleadings and oral argument on the preliminary objection, the parties shall confine themselves to those matters that are relevant to the objection and not enter unduly into the merits of the case. At the same time, in so far as it may be necessary for the Court, in determining a preliminary objection, to be more fully informed of the facts or the law of the merits of the dispute (which otherwise would be expected to have been argued in the Memorial), the Court itself may request the parties to argue such questions of law and fact in so far as they bear on the jurisdictional issue.

THE PRACTICE OF THE COURT

What of the practice of the Court in implementation of its Rules? Does that practice substantially maintain or substantially modify their import?

In my understanding, the practice, while variable, more sustains than subtracts from the provisions of the Rules.

There are a number of cases in which the respondent did not appear but in which, nevertheless, it made manifest its objections to the jurisdiction

inflexible. Il devra plutôt appartenir à la Cour d'exercer son pouvoir de discrimination, en se prononçant selon les circonstances de chaque affaire.» (*C.P.J.I. série D, Addendum au n° 2*, p. 87.)

En 1926, la Cour a opté pour la thèse de M. Anzilotti; en 1934, comme M. Shahabuddeen l'expose de façon plus complète, la Cour est revenue sur cette position en permettant qu'une exception préliminaire soit introduite avant aussi bien qu'après le dépôt du mémoire du requérant. Lorsque la Cour, en 1946, a été reconstituée sous le nom de Cour internationale de Justice, elle a conservé cette dernière option dans son Règlement de 1946 et dans le Règlement adopté en 1972, lequel, en 1978, a été maintenu sur ce point dans le libellé de l'article 79 qui est celui du Règlement actuel de la Cour.

Parallèlement, afin semble-t-il de concilier les positions extrêmes représentées par la thèse de M. Anzilotti et par celle de M. Hammarskjöld, la Cour a adopté les dispositions qui constituent actuellement les paragraphes 5 et 6 de l'article 79, ainsi libellés:

«5. Les exposés de fait et de droit contenus dans les pièces de procédure mentionnées aux paragraphes 2 et 3 du présent article et les exposés et moyens de preuve présentés pendant les audiences envisagées au paragraphe 4 sont limités aux points ayant trait à l'exception.

6. Pour permettre à la Cour de se prononcer sur sa compétence au stade préliminaire de la procédure, la Cour peut, le cas échéant, inviter les parties à débattre tous points de fait et de droit, et à produire tous moyens de preuve, qui ont trait à la question.»

Par conséquent, dans les écritures et les exposés oraux portant sur l'exception préliminaire, les parties doivent se limiter à ce qui a trait à l'exception et ne pas aborder indûment le fond de l'affaire. En revanche, dans la mesure où il peut être nécessaire à la Cour, pour se prononcer sur une exception préliminaire, d'être plus complètement informée sur des points de fait ou de droit concernant le fond du différend (qui autrement devraient être en principe abordés dans le mémoire), la Cour elle-même peut inviter les parties à débattre de tels points de droit et de fait pour autant qu'ils ont trait à la question de compétence.

La pratique de la Cour

Qu'en est-il de la pratique suivie par la Cour en application de son Règlement? Cette pratique tend-elle à maintenir ou à modifier le sens du Règlement?

Bien que variable, la pratique renforce plus qu'elle n'infirme à mon avis les dispositions du Règlement.

Dans un certain nombre d'affaires, le défendeur ne s'est pas présenté mais a néanmoins fait connaître ses objections à la compétence sur

on which the applicant relied. That is to say, while, because of its non-participation, the respondent could not and did not file a preliminary objection strictly so-called and so denominated by it, at the same time it brought to the attention of the Court its objections to the Court's jurisdiction. It is significant that, in these cases, the preliminary objections which, had the respondent been appearing in the case, could have been regularly filed and determined either before or after the filing of the applicant's Memorial, were in substance uniformly determined before the filing of any Memorial. While these cases are not dispositive, they accordingly support rather than counter the terms of the Rules.

Thus, in the *Fisheries Jurisdiction* case, Iceland, while not appearing, submitted communications in which it "was asserted that there was no basis under the Statute of the Court for exercising jurisdiction in the case"; the Court nevertheless indicated provisional measures "which ... in no way prejudges the jurisdiction of the Court to consider the merits of the dispute". The Court then continued: "Whereas, in these circumstances, it is necessary to resolve first of all the question of the Court's jurisdiction"; and the Court decided "that the first pleadings shall be addressed to the question of the jurisdiction of the Court to entertain the dispute" (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom* v. *Iceland), Order of 18 August 1972, I.C.J. Reports 1972*, p. 182). The Court subsequently proceeded to consider pleadings on jurisdiction and to find that it had jurisdiction to entertain the Application filed by the United Kingdom; only thereafter did it fix time-limits for the written proceedings on the merits, including the Memorial of the United Kingdom (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom* v. *Iceland), Order of 15 February 1973, I.C.J. Reports 1973*, p. 94).

In the *Aegean Sea* case, Turkey, while not appearing, communicated observations to the Court maintaining that it had no jurisdiction to entertain the Greek Application. The Court responsively concluded that "it is necessary to resolve first of all the question of the Court's jurisdiction with respect to the case" and it decided that "the written proceedings shall first be addressed to the question of the jurisdiction of the Court to entertain the dispute" (that is, it decided that the written proceedings should not first of all comprise the Memorial of Greece) (*Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I.C.J. Reports 1976*, pp. 13-14). The Court subsequently determined, without having had the benefit of a Greek Memorial on the merits, "that it is without jurisdiction" to entertain the Greek Application (*Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978*, p. 45).

In the *Nuclear Tests* cases between Australia and New Zealand, and France, the French Government informed the Court that it "was manifestly not competent in the case" and was not represented at the hearings on provisional measures; the Court indicated interim measures of protection; it held that, "in these circumstances, it is necessary to resolve as soon

laquelle s'appuyait le demandeur. Cela signifie que si, du fait de sa non-participation, le défendeur ne pouvait pas introduire — et n'a effectivement pas introduit — une exception préliminaire proprement dite et ainsi qualifiée par lui, en revanche il a porté à l'attention de la Cour ses objections à la compétence de celle-ci. Il n'est pas indifférent que, dans ces affaires, les exceptions préliminaires qui, si le défendeur s'était présenté, auraient pu être introduites régulièrement et faire l'objet d'une décision avant ou après le dépôt du mémoire du requérant ont été en substance uniformément réglées avant le dépôt de tout mémoire. Sans être décisifs, ces précédents vont donc dans le sens plutôt qu'à l'encontre des dispositions du Règlement.

Ainsi, dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, l'Islande, bien que non-comparante, avait présenté des communications dans lesquelles il était « affirmé que la Cour ne peut trouver dans son Statut aucun fondement pour l'exercice de sa compétence en l'affaire » ; la Cour a néanmoins indiqué des mesures conservatoires, « ce qui ne préjuge en rien la compétence de la Cour pour connaître du fond du différend ». La Cour a poursuivi : « Considérant que, dans ces conditions, il est nécessaire de régler en premier lieu la question de la compétence de la Cour », et elle a décidé « que les premières pièces écrites porteront sur la question de la compétence de la Cour pour connaître du différend » (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), ordonnance du 18 août 1972, C.I.J. Recueil 1972*, p. 182). La Cour a ensuite examiné les pièces écrites sur la compétence et a conclu qu'elle avait compétence pour connaître de la requête déposée par le Royaume-Uni ; ce n'est qu'après seulement qu'elle a fixé des délais pour la procédure écrite sur le fond, y compris pour le dépôt du mémoire du Royaume-Uni (*Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), ordonnance du 15 février 1973, C.I.J. Recueil 1973*, p. 94).

Dans l'affaire de la *Mer Egée*, la Turquie ne s'était pas présentée mais avait communiqué à la Cour des observations dans lesquelles elle affirmait que celle-ci n'avait pas compétence pour connaître de la requête grecque. La Cour a répondu à cela qu'« il est nécessaire de résoudre en premier lieu la question de la compétence de la Cour en l'espèce » et elle a décidé que « les pièces écrites porteront d'abord sur la question de la compétence de la Cour pour connaître du différend » (c'est-à-dire que les pièces écrites ne comprendraient pas dans un premier temps le mémoire de la Grèce) (*Plateau continental de la mer Egée, mesures conservatoires, ordonnance du 11 septembre 1976, C.I.J. Recueil 1976*, p. 13-14). La Cour a ensuite conclu, sans avoir reçu aucun mémoire de la Grèce sur le fond, « qu'elle n'a pas compétence » pour connaître de la requête grecque (*Plateau continental de la mer Egée, arrêt, C.I.J. Recueil 1978*, p. 45).

Dans les affaires des *Essais nucléaires*, qui ont opposé l'Australie et la Nouvelle-Zélande à la France, le Gouvernement français a informé la Cour que celle-ci n'avait « manifestement pas compétence en l'espèce » et il n'a pas été représenté aux audiences sur les mesures conservatoires ; la Cour a indiqué des mesures conservatoires ; elle a estimé que « dans ces

as possible the questions of the Court's jurisdiction and the admissibility of the Application"; and it decided that "the written proceedings shall first be addressed to the questions of the jurisdiction of the Court to entertain the dispute, and of the admissibility of the Application" (*Nuclear Tests (Australia* v. *France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973*, pp. 105-106; and *Nuclear Tests (New Zealand* v. *France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973*, p. 142). Once again, there was no question of the Court concluding that, in order to resolve those questions, it had need of a prior filing of the Applicants' Memorials on the merits.

Finally, in the case of *Trial of Pakistani Prisoners of War*, India claimed that "there was no legal basis whatever for the jurisdiction of the Court in the case" and, while not appearing at public hearings on Pakistan's request for interim measures, sent communications which "presented a further reasoned statement that the Court had no jurisdiction in the case". While the Court in circumstances in which Pakistan asked the Court to postpone consideration of its request for the indication of interim measures held that it was not called upon to pronounce upon that request, the Court concluded that it "must first of all satisfy itself that it has jurisdiction to entertain the dispute". It accordingly decided that "the written proceedings shall first be addressed to the question of the jurisdiction of the Court" (i.e., before the filing of any Memorial of the applicant on the merits) (*Trial of Pakistani Prisoners of War, Interim Protection, Order of 13 July 1973, I.C.J. Reports 1973*, pp. 329-330).

The cases in which the issue has arisen and in which the respondent participated also are predominantly consistent with the terms of the Rules of Court.

In the *Monetary Gold* case, a case of exceptional singularity, the Court issued an Order providing for the filing of a Memorial on the merits by the Applicant, Italy. Before the due date of that Memorial, Italy filed a document entitled, "Preliminary Question", by which Italy requested the Court to adjudicate "on the Preliminary Question of its jurisdiction to deal with the merits of the claim" (case of the *Monetary Gold Removed from Rome in 1943 (Preliminary Question), Judgment, I.C.J. Reports 1954*, p. 22). By an Order of 3 November 1953, the Court, "without prejudging the question of the interpretation and application of Article 62 [today, Article 79] of the Rules of Court" (*ibid.*, pp. 22-23), suspended proceedings on the merits and fixed time-limits for pleadings on the preliminary question. The submissions of Italy in the Court were couched as "Having regard to Article 62 of the Rules of Court" (*ibid.*, p. 23), and requested the Court to adjudicate the preliminary question of its jurisdiction and to hold that the Court was without jurisdiction to adjudicate the merits of the claim. The United Kingdom submitted, *inter alia*, that the Court had jurisdiction. In its Judgment, the Court noted that Italy, "instead of presenting a Memorial on the merits within the time-limit fixed for that purpose by

conditions, il est nécessaire de régler aussi rapidement que possible la question de la compétence de la Cour et celle de la recevabilité de la requête» et elle a décidé que «les pièces écrites porteront d'abord sur la question de la compétence de la Cour pour connaître du différend et sur celle de la recevabilité de la requête» (*Essais nucléaires (Australie c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973*, p. 105-106, et *Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973*, p. 142). Là non plus, la Cour n'a pas conclu que, pour qu'elle puisse se prononcer sur ces questions, il fallait au préalable que le requérant dépose son mémoire sur le fond.

Enfin, dans l'affaire du *Procès de prisonniers de guerre pakistanais*, le Gouvernement indien a soutenu «qu'il n'existe aucun fondement juridique à la compétence de la Cour en l'espèce» et, sans se faire représenter aux audiences publiques qui ont porté sur la demande pakistanaise en indication de mesures conservatoires, il a envoyé des communications dans lesquelles il a «présenté un nouvel exposé motivé pour démontrer l'incompétence de la Cour en l'espèce». Lorsque le Pakistan l'a priée de différer l'examen de sa demande en indication de mesures conservatoires, la Cour a estimé qu'elle n'était pas appelée à se prononcer sur cette demande, mais elle a conclu qu'elle «doit d'abord s'assurer qu'elle a compétence pour connaître du différend». Elle a donc décidé que «les pièces écrites porteront d'abord sur la question de la compétence de la Cour» (c'est-à-dire avant le dépôt de tout mémoire du requérant sur le fond) (*Procès de prisonniers de guerre pakistanais, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 1973, C.I.J. Recueil 1973*, p. 329-330).

Les affaires dans lesquelles la question s'est posée et dans lesquelles le défendeur était présent sont elles aussi, pour la plupart, conformes aux dispositions du Règlement.

Dans l'affaire de l'*Or monétaire*, qui était d'une exceptionnelle singularité, la Cour a rendu une ordonnance prévoyant le dépôt d'un mémoire du requérant — l'Italie — sur le fond. Avant la date fixée pour le dépôt de ce mémoire, l'Italie a présenté un document intitulé «Question préliminaire», par lequel elle priait la Cour de statuer «sur la question préliminaire de sa compétence pour connaître au fond de la demande» (*Or monétaire pris à Rome en 1943 (question préliminaire), arrêt, C.I.J. Recueil 1954*, p. 22). Par une ordonnance du 3 novembre 1953, la Cour, «sans préjuger la question de l'interprétation et de l'application de l'article 62 [aujourd'hui, article 79] du Règlement» (*ibid.*, p. 22-23), a suspendu la procédure sur le fond et fixé des délais pour le dépôt de pièces écrites sur la question préliminaire. Les conclusions de l'Italie devant la Cour ont été exposées «vu l'article 62 du Règlement de la Cour» (*ibid.*, p. 23), et elles priaient la Cour de statuer sur la question préliminaire de sa compétence et de conclure que la Cour n'était pas compétente pour statuer sur le fond de la demande. Le Royaume-Uni a affirmé, entre autres, que la Cour avait compétence. Dans son arrêt, la Cour a relevé que l'Italie, «au lieu de présenter un mémoire sur le fond dans le délai qui lui avait été imparti par la Cour à cet

the Court . . . raised an issue as to the Court's jurisdiction" and had done so "in the form of a 'preliminary question'" (*I.C.J. Reports 1954*, pp. 26-27). The Court observed that it is "indeed unusual that a State which has submitted a claim by the filing of an Application should subsequently challenge the jurisdiction of the Court to which of its own accord it has applied" (*ibid.*, p. 28). Nevertheless, the Court characterized Italy's action as "a genuine Preliminary Objection" and proceeded to deal with it (*ibid.*, p. 29). In so doing, it held that Article 62 did not preclude the raising of a preliminary objection by an applicant. What is suggestive for present purposes is that the Court treated that preliminary objection not only as genuine but as filed in a timely fashion, even though filed before the filing of a Memorial on the merits whose filing had already been provided for. At the same time, the current Rules expressly contemplate that, where a preliminary objection is made by a party other than the respondent, it "shall be filed within the time-limit fixed for the delivery of that party's first pleading" (Art. 79, para. 1). Thus *Monetary Gold* may be held to shed no clear light on the present issue.

The remaining cases are only somewhat more instructive.

In the *Ambatielos* case, Greece filed an Application; the United Kingdom notified the Court that it was its intention to contest the grounds on which Greece maintained that the Court had jurisdiction; and the President of the Court, "having ascertained the views of the Parties upon questions of procedure", fixed the time-limits of Greece and the United Kingdom for the Memorial and Counter-Memorial on the merits (*Ambatielos, Order of 18 May 1951, I.C.J. Reports 1951*, p. 12). The United Kingdom did not choose to file in advance of the pleadings on the merits a preliminary objection which sought to suspend proceedings on the merits; it was content to receive Greece's Memorial and to argue at the outset of its Counter-Memorial that the Court had no jurisdiction in the case (United Kingdom Counter-Memorial, *I.C.J. Pleadings, Ambatielos (Greece* v. *United Kingdom)*, pp. 132, 133-139). The Court apparently was not called upon to decide the question of whether or not the United Kingdom could if it wished file its preliminary objection before receipt of Greece's Memorial; rather, it seems that the United Kingdom itself preferred to receive Greece's Memorial before responding both on jurisdiction and on the merits, as was its right. Thus, in my view, the *Ambatielos* case leans neither one way nor the other.

In the *Interhandel* case, the United States filed a succinct document denominated as "Preliminary Objection" with respect to only one element of Switzerland's Application, in the following terms:

> "The Government of the United States of America . . . herewith files a preliminary objection under Article 62 of the Rules of the Court, to the proceedings instituted by the Government of Switzerland in the Interhandel case by its application of October 1, 1957, in so far as that application relates to the sale or other disposition of the

effet ... a mis en doute la compétence de la Cour » et qu'elle a soulevé cette question « comme une « question préliminaire » (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 26-27). La Cour a noté qu'il est « assurément insolite que l'Etat qui a introduit une demande en présentant une requête vienne contester la juridiction de la Cour à laquelle il s'est volontairement adressé » (*ibid.*, p. 28). Néanmoins, elle a qualifié l'action de l'Italie de « véritable exception préliminaire » et elle l'a examinée (*ibid.*, p. 29). Ce faisant, elle a estimé que l'article 62 n'interdisait pas la présentation d'une exception préliminaire par le requérant. Ce qui est intéressant pour l'affaire qui nous occupe, c'est que non seulement la Cour a traité cette exception préliminaire comme telle mais qu'elle a estimé qu'elle avait été présentée en temps opportun, bien que préalablement au dépôt du mémoire sur le fond pour lequel un délai avait déjà été fixé. Au demeurant, le Règlement actuel prévoit expressément que, lorsqu'une exception préliminaire est soulevée par une partie autre que le défendeur, elle « doit être déposée dans le délai fixé pour le dépôt de la première pièce de procédure émanant de cette partie » (art. 79, par. 1). Ainsi, on peut considérer que l'affaire de l'*Or monétaire* n'éclaire pas vraiment le débat.

Les autres affaires ne sont qu'un peu plus instructives.

Dans l'affaire *Ambatielos*, la Grèce a déposé une requête; le Royaume-Uni a avisé la Cour qu'il avait l'intention de contester les motifs sur lesquels la Grèce prétendait fonder la compétence de la Cour; le Président de la Cour, « après renseignements pris ... auprès des Parties sur les questions de procédure », a alors imparti à la Grèce et au Royaume-Uni des délais pour le dépôt de leurs mémoire et contre-mémoire sur le fond (*Ambatielos, ordonnance du 18 mai 1951, C.I.J. Recueil 1951*, p. 12). Le Royaume-Uni s'abstint de présenter, avant le dépôt des pièces écrites sur le fond, une exception préliminaire visant à suspendre la procédure au fond; il se borna à attendre le dépôt du mémoire de la Grèce et à affirmer au début de son contre-mémoire que la Cour n'avait pas compétence en l'affaire (contre-mémoire du Royaume-Uni, *C.I.J. Mémoires, Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, p. 132, 133-139). Apparemment, la Cour n'a pas été invitée à déterminer si le Royaume-Uni pouvait, s'il le souhaitait, présenter son exception préliminaire avant d'avoir reçu le mémoire de la Grèce; il semble plutôt que le Royaume-Uni lui-même ait préféré recevoir le mémoire de la Grèce avant de répliquer à la fois sur la compétence et sur le fond, comme il en avait le droit. Ainsi, me semble-t-il, l'affaire *Ambatielos* n'incline ni dans un sens ni dans l'autre.

Dans l'affaire de l'*Interhandel*, les Etats-Unis ont présenté un document succinct intitulé « Exception préliminaire » portant sur un seul élément de la requête de la Suisse, ainsi rédigé :

> « Le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique ... dépose par la présente une exception préliminaire, aux termes de l'article 62 du Règlement de la Cour, dans l'instance introduite par le Gouvernement de la Suisse en l'affaire de l'*Interhandel*, par requête du 1er octobre 1957, pour autant que cette requête se rapporte à la vente ou aux

> shares of General Aniline and Film Corporation now held by the United States Government. The United States Government has determined that such sale or disposition of the shares in the American corporation, title to which is held by the United States Government in the exercise of its sovereign authority, is a matter essentially within its domestic jurisdiction. Accordingly, pursuant to paragraph *(b)* of the conditions attached to this country's acceptance of the Court's compulsory jurisdiction, dated August 14, 1946, this country respectfully declines, without prejudice to other and further preliminary objections which it may file, to submit the matter of the sale or disposition of such shares to the jurisdiction of the Court." (*I.C.J. Pleadings, Interhandel (Switzerland* v. *United States of America)*, p. 77.)

The Court held with respect to the foregoing contention that, if maintained, "it will fall to be dealt with by the Court in due course" in accordance with the procedure set forth in Article 62 of its Rules (*Interhandel, Interim Protection, Order of 24 October 1957, I.C.J. Reports 1957*, p. 111) but that it was immediately concerned with Switzerland's request for interim measures of protection, a decision as to which "in no way prejudges the question of the jurisdiction of the Court to deal with the merits of the case" *(ibid.)*. It held that, in circumstances in which the sale of Interhandel's shares in the United States was conditional upon a United States judicial decision and in which no time schedule for the sale of such shares was fixed, there was no need to indicate interim measures of protection (*ibid.*, p. 112). On the same day, the Court issued another Order, which, having regard to its Order on interim measures, and having ascertained the views of the Parties, fixed time-limits for the filing of pleadings: the Memorial of Switzerland and the Counter-Memorial of the United States. In due course, Switzerland filed a Memorial on the merits which maintained, *inter alia*, that the Court had jurisdiction, and the United States filed a Counter-Memorial, which exclusively maintained, on a multiplicity of grounds, that it did not or that the case was inadmissible (*I.C.J. Pleadings, loc. cit.*, pp. 139-141, 303-327). Thus in this case, it is clear that Preliminary Objections were filed and argued after the receipt of the Applicant's Memorial on the merits. But what this case does not show is that the Court concluded that this was the necessary course. For the one-paragraph paper initially submitted by the United States and described by it as a "Preliminary Objection", and which was directed solely against the granting of interim measures of protection, was simply not acted upon as a preliminary objection by the Court, which rather found it possible to reject Switzerland's request for interim measures on another ground. Apparently the Court was of the view that "the preliminary objection procedure is only operative to suspend the proceedings on the merits, and cannot be applied in incidental proceedings" (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, Vol. I, p. 455). It is not at

autres mesures de disposition des actions de la General Aniline and Film Corporation actuellement détenues par le Gouvernement des Etats-Unis. Le Gouvernement des Etats-Unis a décidé que la vente ou la disposition des actions de la société américaine, dont le titre de propriété est détenu par le Gouvernement des Etats-Unis dans l'exercice de son autorité souveraine, est une question qui relève essentiellement de sa compétence nationale. En conséquence, en application du paragraphe *b*) des conditions attachées à l'acceptation par ce pays de la juridiction obligatoire de la Cour en date du 14 août 1946, ce pays refuse respectueusement, sans préjudice de toutes autres exceptions préliminaires qu'il pourrait soulever, de soumettre à la compétence de la Cour la question de la vente ou de la disposition desdites actions. » (*C.I.J. Mémoires, Interhandel (Suisse c. Etats-Unis d'Amérique)*, p. 77.)

La Cour a estimé, s'agissant du moyen susvisé que, s'il était maintenu, il devrait « le moment venu, être examiné par la Cour » conformément à la procédure fixée par l'article 62 de son Règlement (*Interhandel, mesures conservatoires, ordonnance du 24 octobre 1957, C.I.J. Recueil 1957*, p. 111), mais que, dans l'immédiat, elle devait prendre une décision sur la demande en indication de mesures conservatoires de la Suisse, décision qui « ne préjuge en rien la question de la compétence de la Cour pour connaître au fond de l'affaire » (*ibid.*). Elle a estimé en l'occurrence que, puisque la vente des actions de l'Interhandel aux Etats-Unis était subordonnée à une décision judiciaire pendante dans ce pays et qu'aucun délai n'était fixé pour la vente de ces actions, il n'y avait pas lieu d'indiquer des mesures conservatoires (*ibid.*, p. 112). Le même jour, la Cour a rendu une autre ordonnance dans laquelle elle a fait référence à son ordonnance précédente et a fixé, après s'être renseignée auprès des Parties, la date d'expiration des délais pour le dépôt des pièces de la procédure écrite, à savoir le mémoire de la Suisse et le contre-mémoire des Etats-Unis. En temps opportun, la Suisse a déposé un mémoire sur le fond dans lequel elle soutenait, entre autres, que la Cour était compétente et les Etats-Unis ont déposé un contre-mémoire dans lequel ils se bornaient à affirmer, en se fondant sur de nombreux moyens, que la Cour n'était pas compétente ou que la requête était irrecevable (*C.I.J. Mémoires, loc. cit.*, p. 139-141, 303-327). Ainsi, dans cette affaire, il est clair que des exceptions préliminaires ont été présentées et débattues après réception du mémoire du requérant sur le fond. Mais ce que cette affaire ne montre pas, c'est que la Cour a conclu que c'était là le cours nécessaire de la procédure. En effet, le document d'un seul paragraphe initialement présenté par les Etats-Unis sous le titre d'« Exception préliminaire » visait uniquement à s'opposer à l'indication de mesures conservatoires, et il n'a tout simplement pas été traité comme une exception préliminaire par la Cour, qui a estimé pouvoir rejeter pour un autre motif la demande en indication de mesures conservatoires de la Suisse. Apparemment, la Cour a estimé que « la procédure des exceptions préliminaires n'a pour effet que de suspendre la procédure sur

all clear from this series of events that the United States ever maintained that it was entitled to file a comprehensive Preliminary Objection before Switzerland filed its Memorial on the merits and that the Court rejected such a contention of the United States. Thus the light shed by this case too is limited.

A more instructive case is *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua.* In that case, at the stage of provisional measures, Nicaragua maintained that the Court had jurisdiction whereas the United States maintained that it did not. The United States also argued that the case was inadmissible on more than one ground, while Nicaragua argued to the contrary. The clash of views between the Parties on these questions was of exceptional intensity. The Court unanimously rejected the United States request that Nicaragua's Application and request for the indication of provisional measures be terminated by removal of the case from the list. It indicated certain provisional measures, most by unanimous vote, the most important measure by a divided vote. Apparently treating the objections of the United States on preliminary grounds as substantially fulfilling the requirements of the Rules, the Court unanimously decided that "the written proceedings shall first be addressed to the questions of the jurisdiction of the Court to entertain the dispute and of the admissibility of the Application" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America), Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I.C.J. Reports 1984,* p. 187). It thereafter ascertained the views of the Parties and issued an Order of 14 May 1984 fixing the time-limits for the Memorial and Counter-Memorial of the Parties on the questions of jurisdiction and admissibility, both to be filed before the filing of any Memorial on the merits of the case. Thus the Court acted as if the United States had filed a preliminary objection; in effect, it suspended proceedings on the merits and required the Parties to plead to jurisdiction and admissibility, a course to which neither Party objected. By proceeding in this way, the Court hardly construed the Rules as meaning that the Memorial of the applicant should be filed before the Court considers preliminary objections of the respondent; rather, it seems to have acted on a contrary understanding.

Finally, in what appears to be consistent with the pattern of agreement — whether express or not — between the parties which some of the foregoing cases suggest, in the case of *Border and Transborder Armed Actions* the Order of the Court records that "the Parties are agreed that the issues of jurisdiction and admissibility should be dealt with at a preliminary stage of the proceedings" (*Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua* v. *Honduras), Order of 22 October 1986, I.C.J. Reports 1986,* p. 552). The Court thus decided that the initial pleadings should exclusively deal with issues of jurisdiction and admissibility. This case illustrates the full

le fond, et ne peut être appliquée à une procédure incidente» (Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, vol. 1, 1965, p. 455). Il ne ressort pas du tout clairement de cette succession d'événements que les Etats-Unis aient jamais soutenu qu'ils avaient le droit d'introduire une exception préliminaire générale avant le dépôt du mémoire de la Suisse sur le fond, ni que la Cour ait rejeté un tel moyen des Etats-Unis. L'éclairage apporté par cette affaire est donc lui aussi limité.

Plus instructive est l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*. Au stade des mesures conservatoires, le Nicaragua a affirmé que la Cour était compétente tandis que les Etats-Unis ont affirmé qu'elle ne l'était pas. Les Etats-Unis ont également allégué que la requête était irrecevable pour plus d'un motif, tandis que le Nicaragua a soutenu le contraire. L'antagonisme entre les Parties sur ces questions a été d'une intensité exceptionnelle. La Cour a rejeté à l'unanimité la demande des Etats-Unis tendant à ce que la requête du Nicaragua et sa demande en indication de mesures conservatoires soient rayées du rôle. Elle a indiqué certaines mesures conservatoires, la plupart par un vote unanime, mais la plus importante par un vote partagé. Traitant apparemment les exceptions soulevées à titre préliminaire par les Etats-Unis comme substantiellement conformes aux conditions du Règlement, la Cour a décidé à l'unanimité que «les pièces écrites porteront d'abord sur la question de la compétence de la Cour pour connaître du différend et sur celle de la recevabilité de la requête» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil 1984*, p. 187). La Cour s'est ensuite renseignée auprès des Parties et a rendu une ordonnance, le 14 mai 1984, fixant les délais pour le dépôt du mémoire et du contre-mémoire à présenter par les Parties sur les questions de compétence et de recevabilité, ces deux documents devant être déposés avant la présentation de tout mémoire sur le fond. Ainsi, la Cour a agi comme si les Etats-Unis avaient présenté une exception préliminaire; en fait, elle a suspendu la procédure sur le fond et demandé aux Parties d'exposer leurs moyens sur la compétence et la recevabilité, décision que ni l'une ni l'autre des Parties n'a contestée. Au vu de ce qui précède, on ne saurait dire que la Cour a interprété le Règlement comme signifiant que le mémoire du requérant devait être déposé avant que la Cour n'examine les exceptions préliminaires du défendeur; elle semble même avoir agi sur la base d'une interprétation contraire.

Enfin, dans le sens, apparemment, d'une sorte d'entente — expresse ou tacite — entre les parties qui semble se manifester dans certaines des affaires susvisées, l'ordonnance de la Cour en l'affaire des *Actions armées frontalières et transfrontalières* note que «les Parties sont d'accord pour que les questions de compétence et de recevabilité soient traitées à un stade préliminaire de la procédure» (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), ordonnance du 22 octobre 1986, C.I.J. Recueil 1986*, p. 552). La Cour a donc décidé que les premières pièces devraient exclusivement porter sur les questions de compétence et de

freedom of the Court and the parties to a case to deal with pleadings on jurisdiction and admissibility before the filing of a Memorial on the merits by the applicant; it in no way suggests that agreement between the parties is a condition precedent for that result.

In the light of the foregoing analysis, I conclude that predominant practice supports the provisions of the Rules which permit a respondent in a case to file its preliminary objections before the Memorial of the applicant on the merits is filed.

It should be added that, once a respondent files a preliminary objection, what the Court has described as the "categorical" provision of the Rules takes effect (*Interhandel, I.C.J. Reports 1959*, p. 20). As the Court held in *Barcelona Traction*, by filing a plea as a preliminary objection, the respondents "automatically bring about the suspension of the proceedings on the merits" (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, p. 43).

(Signed) Stephen M. SCHWEBEL.

recevabilité. Cette affaire montre bien que la Cour et les parties à une affaire sont entièrement libres de s'occuper des pièces de procédure relatives à la compétence et à la recevabilité avant le dépôt d'un mémoire du requérant sur le fond; elle ne permet nullement de penser que ce résultat est subordonné à un accord préalable des parties.

A la lumière de l'analyse qui précède, je conclus que la pratique prédominante va dans le sens des dispositions du Règlement qui autorisent le défendeur, dans une affaire, à introduire ses exceptions préliminaires avant le dépôt du mémoire du requérant sur le fond.

Il convient d'ajouter que, une fois que le défendeur a introduit une exception préliminaire, ce que la Cour a qualifié de disposition « formelle » du Règlement prend effet (*Interhandel, C.I.J. Recueil 1959*, p. 20). Comme la Cour l'a affirmé dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, le dépôt par le défendeur d'un document qualifié d'exception préliminaire « entraîne automatiquement la suspension de la procédure sur le fond » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 43).

(Signé) Stephen M. SCHWEBEL.

SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

The operative part of the Order of Court made today, with which I agree, fixes time-limits for pleadings. But, as is shown by the body of the Order and by the oral and written arguments of the Parties addressed to the President of the Court and by him laid before the Court, the real interest in this matter, indeed, the real matter in contention between the Parties at this stage, is the question of law whether a respondent has a right to file a preliminary objection before the filing of the applicant's Memorial. This issue is determined not in the operative part of the Order, but in the last recital. This recital, about which I entertain a reservation which I would like to explain, reads as follows:

> "Whereas, in accordance with Article 79, paragraph 1, of the Rules of Court, while a respondent which wishes to submit a preliminary objection is entitled before doing so to be informed as to the nature of the claim by the submission of a Memorial by the Applicant, it may nevertheless file its objection earlier."

This statement is accurate as far as it goes, but, with much respect, it seems to me that it does not go far enough. The absolute terms in which the Court, through that statement, for the first time enunciates a right on the part of a respondent to file its preliminary objection before the filing of the applicant's Memorial takes no account of, and gives no weight to, an important qualifying practice of the Court. This aspect is referred to as follows by two of the leading commentators on the Court's practice:

> "As is well known, and as is maintained in this paragraph, the Court's practice is only to take formal preliminary objections by the respondent after the merits have been laid before it in a pleading, normally the memorial, and it will be rare that the application alone will be sufficient to elucidate questions of jurisdiction or admissibility." (Shabtai Rosenne, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 161.)
>
> "Paragraph 1 [of Article 79 of the 1978 Rules of Court] makes no change in the existing practice by which a formal preliminary objection, of whatever class, need not (in fact should not) be filed until the time-limit for the objecting party's first written pleading." (*Ibid.*, p. 163.)

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

Le dispositif de l'ordonnance que la Cour a rendue aujourd'hui, et que j'approuve, fixe des délais pour le dépôt de pièces de procédure. Mais comme cela ressort du corps de l'ordonnance ainsi que des arguments que les Parties ont présentés verbalement ou par écrit au Président de la Cour et qu'il a lui-même exposés à la Cour, ce qui compte vraiment en l'occurrence, ce qui oppose vraiment les Parties à ce stade, c'est une question de droit, la question de savoir si un défendeur a le droit d'introduire une exception préliminaire avant que le demandeur ait déposé son mémoire. Cette question est tranchée non dans le dispositif de l'ordonnance mais dans son dernier considérant. Ce considérant, dont je dirai quelles sont les réserves qu'il m'inspire, est libellé comme suit :

> « Considérant que, conformément au paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement de la Cour, si un défendeur désireux de présenter une exception préliminaire est en droit d'être renseigné auparavant sur la nature de la demande, grâce à la présentation par le demandeur d'un mémoire, il peut néanmoins déposer son exception plus tôt ».

Ainsi limitée, cette déclaration est exacte, mais qu'il me soit permis de dire qu'elle ne me semble pas aller assez loin. Les termes absolus dans lesquels la Cour, par cette déclaration, énonce pour la première fois le droit qu'a le défendeur d'introduire son exception préliminaire avant le dépôt du mémoire du demandeur ne tiennent aucun compte d'une importante pratique de la Cour restreignant ce droit et n'y accordent aucun poids. Deux éminents commentateurs de la pratique de la Cour s'expriment à ce sujet dans ces termes :

> « Comme on le sait, et comme il est dit dans ce paragraphe, la pratique de la Cour est de n'examiner les exceptions préliminaires formelles soulevées par le défendeur qu'une fois que le fond a été exposé devant elle dans une pièce de procédure (normalement le mémoire) et il est rare que la requête à elle seule suffise à élucider les questions de compétence ou de recevabilité. » (Shabtai Rosenne, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 161.)
>
> « Le paragraphe 1 [de l'article 79 du Règlement de la Cour de 1978] n'apporte aucun changement à la pratique en vigueur, suivant laquelle une exception préliminaire formelle, quelle qu'elle soit, n'a pas besoin d'être introduite (et ne doit d'ailleurs pas être introduite) avant l'expiration du délai fixé pour le dépôt de la première pièce de procédure par la partie qui soulève l'exception. » (*Ibid.*, p. 163.)

> "Il semblerait que la Cour ne puisse prendre en considération les exceptions préliminaires soulevées par le défendeur avant le dépôt par le demandeur de son mémoire." (Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 508.)

Testifying to the same practice, Prof. Guggenheim, arguing in 1957 for Switzerland against the United States in the *Interhandel* case, said in an unrebutted statement:

> "L'exception préliminaire américaine doit être traitée conformément aux dispositions de l'article 62 du Règlement. La Cour devra donc instituer une procédure particulière, qui commencera après la présentation du mémoire de la Partie demanderesse, c'est-à-dire de la Confédération suisse, mémoire qui se rapportera au fond de l'affaire." (*I.C.J. Pleadings*, p. 449.)

Fifteen years later, in a joint dissenting opinion in the *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom* v. *Iceland)* case, Judges Bengzon and Jiménez de Aréchaga likewise said in another uncontradicted and equally categorical statement (quoted more fully below):

> "A preliminary objection must be filed within the time-limit assigned for the Counter-Memorial, that is to say, after the presentation of the Memorial, not before it: it is only then that it may have the suspensive effects provided for in Article 62, paragraph 3, of the [1946] Rules." (*I.C.J. Reports 1972*, p. 185.)

Were these distinguished lawyers and judges wrong? It will be the burden of this opinion that they were not, and that the practice of the Court, the existence of which they attested, constitutes an important qualification to the open-ended terms in which the right of a respondent to file a preliminary objection before the filing of the Memorial has been cast in the recital in question.

In a prefatory way, it may be said that the problem presented is not an unusual one to be thrown up from time to time within the evolution of a living procedural régime, the question in essence being, how are the literal terms of a formal rule of procedure to be reconciled with a variant supervening practice? For I should say at once that I appreciate the force of the respondent's interpretation of the relevant rule but consider that the difficulty is to determine to what extent, if any, the operation of the rule has come to be qualified by the Court's interpretation of it as evidenced by a somewhat different practice. A good beginning would be to look briefly at the legislative history of the relevant Rules.

The Legislative History

The origins of the problem go back to the fact that, notwithstanding some discussions in the Permanent Court (*P.C.I.J., Series D, No. 2*, pp. 77-78, 201-203, 213-214, 408, 434 and 522), the 1922 Rules of Court

« Il semblerait que la Cour ne puisse prendre en considération les exceptions préliminaires soulevées par le défendeur avant le dépôt par le demandeur de son mémoire. » (Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 508.)

Témoignant de la même pratique, M. Guggenheim, qui plaidait en 1957 pour la Suisse contre les Etats-Unis dans l'affaire de l'*Interhandel*, s'est exprimé en des termes qui n'ont pas été réfutés :

« L'exception préliminaire américaine doit être traitée conformément aux dispositions de l'article 62 du Règlement. La Cour devra donc instituer une procédure particulière, qui commencera après la présentation du mémoire de la Partie demanderesse, c'est-à-dire de la Confédération suisse, mémoire qui se rapportera au fond de l'affaire. » (*C.I.J. Mémoires*, p. 449.)

Quinze ans plus tard, dans une opinion dissidente commune qu'ils ont rédigée en l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, MM. Bengzon et Jiménez de Aréchaga ont également déclaré, en des termes qui n'ont pas été non plus réfutés et qui sont tout aussi catégoriques (un plus large extrait en sera donné plus loin) :

« Une exception préliminaire doit être déposée dans le délai fixé pour le contre-mémoire, c'est-à-dire après la présentation du mémoire et non pas avant : c'est seulement à ce moment qu'elle peut entraîner l'effet suspensif prévu à l'article 62, paragraphe 3, du Règlement [de 1946]. » (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 185.)

Ces éminents juges et juristes se trompaient-ils ? Dans la présente opinion, je m'efforcerai de démontrer que non et que cette pratique de la Cour, dont ils attestent l'existence, nuance sensiblement les termes vagues dans lesquels le droit du défendeur de soulever une exception préliminaire avant le dépôt du mémoire a été formulé dans le considérant en question.

On peut dire d'abord qu'il n'est pas rare qu'un tel problème se pose dans le cadre de l'évolution d'un régime procédural vivant, la question étant foncièrement de savoir comment concilier la lettre d'une règle formelle de procédure avec une pratique ultérieure différente. Je dois dire d'emblée que je reconnais la force de l'interprétation que le défendeur a donnée de la règle pertinente, mais que j'estime que la difficulté est de déterminer dans quelle mesure l'application de la règle a peut-être été tempérée par l'interprétation qu'en a donnée la Cour, telle que cette interprétation ressort d'une certaine inflexion de la pratique. Il convient de commencer par un bref examen de la genèse des règles pertinentes.

LA GENÈSE DES RÈGLES PERTINENTES

Le problème remonte au fait que, malgré quelques débats à la Cour permanente (*C.P.J.I. série D n° 2*, p. 77-78, 201-203, 213-214, 408, 434 et 522), le Règlement de la Cour de 1922 ne contenait aucune disposition appli-

made no provision for preliminary objections. As is well known, the need for some formal rule arose out of the experience gained in the *Mavrommatis Palestine Concessions* case (*P.C.I.J., Series A, No. 2*, pp. 9 and 16) and the *Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction* case (*P.C.I.J., Series A, No. 6*, p. 15). In the first case, the preliminary objection was filed after the filing of the Case (or Memorial as it was termed as from 1936) though, such was the procedural uncertainty, that it was filed together with a "Preliminary Counter-Case" (*P.C.I.J., Series C, No. 5-I*, pp. 439-440 and 479). In the second case, the preliminary objection was filed before the filing of the Case (*P.C.I.J., Series C, No. 9-I*, pp. 119-125).

In the light of these differing procedures, in 1926 the Rules of Court were amended by the insertion of a new Article 38, the first paragraph of which read:

> "When proceedings are begun by means of an application, any preliminary objection shall be filed after the filing of the Case by the Applicant and within the time fixed for the filing of the Counter-Case." (*P.C.I.J., Series D, No. 1*, p. 50.)

Judge Anzilotti, the chief sponsor of the provision, had put it forward in opposition to a very different idea proposed by Registrar Hammarskjöld. Referring to the Registrar's idea, the record of the 1926 discussions reads:

> "M. Anzilotti stated that there was an essential difference between his conception and that of the Registrar.
>
> According to the Registrar's proposal, an objection to the jurisdiction must be dealt with separately, if it were submitted by a document which must follow the application and be presented at a time when the Court knew nothing of the case.
>
> M. Anzilotti started from the contrary conception. He thought that the Court should only deal with the question of jurisdiction when it had before it the merits of the case. Having established this fundamental difference, M. Anzilotti saw no objection to dealing at that point with the question of objection to the jurisdiction . . . In his opinion, having regard to the Court's special character, the latter could not deal with objections to its jurisdiction, without also having before it the merits of the case, at all events up to a certain point." (*P.C.I.J., Series D, Addendum to No. 2*, p. 79; and see his written proposal, *ibid.*, p. 266.)

To some extent, these ideas had been anticipated by Judges Beichmann and Moore in 1922 (*P.C.I.J., Series D, No. 2*, pp. 201 and 214). Their vindication in 1926 was however short-lived: new thinking favoured the Registrar's earlier view that a preliminary objection should be taken before the filing of the Case or Memorial. Returning to the fray in June 1933 he said:

cable aux exceptions préliminaires. Comme on le sait, la nécessité d'une règle formelle est née de l'expérience acquise dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* (*C.P.J.I. série A n° 2*, p. 9 et 16) et l'affaire relative à *Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence* (*C.P.J.I. série A n° 6*, p. 15). Dans la première affaire, une exception préliminaire a été soulevée après le dépôt du mémoire, mais la procédure était si imprécise qu'elle l'a été en même temps qu'un « contre-mémoire préliminaire » était déposé (*C.P.J.I. série C n° 5-I*, p. 439-440 et 479). Dans la seconde affaire, l'exception préliminaire a été introduite avant le dépôt du mémoire (*C.P.J.I. série C n° 9-I*, p. 119-125).

A la suite de ces différences de procédure, le Règlement de la Cour a été modifié en 1926 par l'insertion d'un nouvel article 38, dont le premier paragraphe était ainsi libellé :

> « Lorsque l'instance est introduite par requête, toute exception préliminaire est proposée après la présentation du mémoire de la partie demanderesse et dans le délai fixé pour la présentation du contre-mémoire. » (*C.P.J.I. série D n° 1*, p. 50.)

M. Anzilotti, qui avait été le principal promoteur de cette disposition, l'avait défendue contre une idée très différente émise par le Greffier, M. Hammarskjöld. Au sujet de la proposition du Greffier, le procès-verbal des débats de 1926 est rédigé comme suit :

> « M. Anzilotti constate qu'il y a une divergence essentielle entre son idée et celle du Greffier.
>
> D'après la proposition du Greffier, l'exception d'incompétence doit être traitée à part, si elle est opposée par un document qui doit suivre la requête et être présenté à un moment où la Cour ne connaît rien de l'affaire.
>
> M. Anzilotti est parti de l'idée inverse. Il pense que la Cour ne doit s'occuper de la compétence que lorsqu'elle connaît le fond de l'affaire. Cette différence de principe établie, M. Anzilotti ne voit aucune difficulté à traiter maintenant la question des exceptions d'incompétence... A son avis, étant donné la nature spéciale de la Cour, celle-ci ne peut juger les exceptions d'incompétence sans connaître également le fond de l'affaire, du moins jusqu'à un certain point. » (*C.P.J.I. série D, Addendum au n° 2*, p. 79 ; voir aussi la proposition écrite, *ibid.*, p. 266.)

Dans une certaine mesure, ces idées avaient déjà été émises par MM. Beichmann et Moore en 1922 (*C.P.J.I. série D n° 2*, p. 201 et 214). Le succès qu'elles remportèrent en 1926 fut cependant de courte durée : une nouvelle réflexion fut favorable au point de vue précédemment exprimé par le Greffier, selon lequel toute exception préliminaire devait être introduite avant le dépôt du mémoire. De retour dans l'arène, en juin 1933, il déclara :

> "An essential feature of Article 38 is that preliminary objections are not presented *in limine litis*, but only after the filing of the claimant's first Memorial. It is an open question whether it would be desirable to maintain this principle if the present tendency — at all events in practice — requiring submissions to be formulated as early as in the document instituting proceedings (cf. Art. 35 above) should become sanctioned." (*P.C.I.J., Series D, Third Addendum to No. 2*, pp. 819-820.)

The record of the ensuing discussions in the Court in 1934 then reads:

> "The President pointed out that the first Rules of Court did not contain any provisions in regard to objections. It was in the light of the experience gained in the *Mavrommatis* case that the Court had introduced Article 38 of the existing Rules; that Article precluded the filing of an objection before the submission of the Case. As that rule had, in its turn, led to practical difficulties in a recent suit, the Second Commission had proposed to open the door to the submission of an objection which had nothing to do with the merits of the case, even before the filing of the Case . . ." (*P.C.I.J., Series D, Third Addendum to No. 2*, p. 90.)

Explaining the substance of the new formulation, Judge Fromageot said that

> "the provision, in his text, that the objection must be filed at the latest by the expiry of the time-limit fixed for the filing of the Coun-Case [*sic*, but "contre-mémoire" in the French text], showed that the party concerned was free to raise the objection immediately, if it thought fit" (*ibid.*, p. 89).

On the basis of the related discussions, a revised text of Article 38, first paragraph, was then adopted as Article 62, paragraph 1, of the 1936 Rules of Court, reading:

> "A preliminary objection must be filed at the latest before the expiry of the time-limit fixed for the filing by the party submitting the objection of the first document of the written proceedings to be filed by that party." (*P.C.I.J., Series D, No. 1*, 3rd ed., p. 49.)

The corresponding provisions of Article 62, paragraph 1, of the 1946 Rules read:

> "A preliminary objection must be filed by a party at the latest before the expiry of the time-limit fixed for the delivery of its first pleading."

On the substance of the matter in hand, the 1946 provision cannot be usefully distinguished from its 1936 predecessor. Hence, it being clear that the 1936 wording was designed to permit of an objection being filed by a respondent before the filing of the Memorial, this intention would seem to be equally ascribable to the 1946 provision, which continued in force up to 1972.

« Le trait essentiel de l'article 38 est que les exceptions préliminaires ne sont pas présentées *in limine litis*, mais seulement après le dépôt du premier mémoire de la demanderesse. On peut se demander s'il y aurait lieu de maintenir ce principe au cas où viendrait à prévaloir la tendance actuelle d'après laquelle — en fait sinon en droit — les conclusions doivent être formulées déjà dans l'acte introductif (cf. sous art. 35 ci-dessus). » (*C.P.J.I. série D, Troisième addendum au n° 2*, p. 819-820.)

Dans le procès-verbal des débats qui eurent lieu à la Cour en 1934 on lit ce qui suit :

« Le Président rappelle que le premier Règlement ne contenait pas de disposition au sujet des exceptions. C'est eu égard à l'expérience acquise dans l'affaire *Mavrommatis* que la Cour a introduit l'article 38 du Règlement actuellement en vigueur; celui-ci exclut le dépôt d'une exception avant le moment où le mémoire est déposé. Cette règle ayant à son tour donné lieu à des difficultés pratiques dans une affaire récente, la deuxième Commission a proposé d'ouvrir la porte à la présentation, dès avant le dépôt du mémoire, d'une exception qui n'a rien à voir avec le fond de l'affaire. » (*C.P.J.I. série D, Troisième addendum au n° 2*, p. 90.)

M. Fromageot a expliqué en ces termes la substance de la nouvelle formulation :

« en disant que l'exception doit être présentée au plus tard dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire, on indique que la partie intéressée peut soulever l'exception aussitôt qu'elle le désire » (*ibid.*, p. 89).

Sur la base des discussions qui eurent lieu à ce sujet, un texte revisé du paragraphe 1 de l'article 38 a alors été adopté en tant que paragraphe 1 de l'article 62 du Règlement de la Cour de 1936, ainsi rédigé :

« Toute exception préliminaire doit être présentée au plus tard avant l'expiration du délai fixé pour la première pièce de la procédure écrite à déposer par la partie soulevant l'exception. » (*C.P.J.I. série D n° 1*, 3e éd., p. 49.)

La disposition correspondante du paragraphe 1 de l'article 62 du Règlement de 1946 est la suivante :

« Toute exception préliminaire doit être présentée au plus tard avant l'expiration du délai fixé pour la première pièce de la procédure écrite à déposer par la partie soulevant l'exception. »

Sur le fond, le texte de 1946 ne peut être utilement distingué de celui de 1936. Dans ces conditions, puisqu'il est clair que le libellé de 1936 visait à permettre au défendeur de présenter une exception avant le dépôt du mémoire, on peut penser que le texte de 1946, qui est demeuré en vigueur jusqu'en 1972, procédait de la même intention.

Now, what was the change made in 1972? Article 67, paragraph 1, of the revised 1972 Rules ran:

> "Any objection by the respondent to the jurisdiction of the Court or to the admissibility of the application, or other objection the decision upon which is requested before any further proceedings on the merits, shall be made in writing within the time-limit fixed for the delivery of the Counter-Memorial. Any such objection made by a party other than the respondent shall be filed within the time-limit fixed for the delivery of that party's first pleading."

This provision has been continued as Article 79, paragraph 1, of the 1978 Rules.

Under the 1972 formulation, the words "within the time-limit fixed for the delivery of the Counter-Memorial" replaced the previous words "before the expiry of the time-limit fixed for the delivery of its first pleading", but, so far as a respondent is concerned, it is not very clear that any material change in meaning was intended. It may conceivably be argued that, under the new formulation, the word "within" impliedly, if elliptically, confined the filing of the objection to the period commencing with the filing of the Memorial and ending with the terminal date fixed for filing the Counter-Memorial. That the words "within the time-limit" may not however be a reliable basis to support the kind of double limitation involved in words such as "within the period" is suggested by the fact that in the case of Article 38 of the 1926 Rules it was judged necessary for the words "within the time fixed for the filing of the Counter-Case" to be coupled with and preceded by the words "after the filing of the Case by the Applicant and . . .". In effect, whereas the 1926 provision prescribed two distinct time-limits — an opening and a closing one — the existing provision prescribes only a closing limit.

THE PRACTICE OF THE COURT

There is much then to support an argument that, on the face of the Rules, a respondent has had a continuous right from 1936 to the present to file a preliminary objection even before the Memorial is filed. In considering whether a different practice has developed it is right to remember that the 1936 change was made in the light of experience of the working of the 1926 Rule and was presumably intended to protect the right of a respondent to employ a preliminary objection (as it was to be later said) "to avoid not merely a decision on, but even any discussion of the merits" (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964*, p. 44. And see the *Panevezys-Saldutiskis Railway* case, *P.C.I.J., Series A/B, No. 76*, p. 24, *per* Judges De Visscher and Rostworowski). A respondent may also have a legitimate

Quelles furent les modifications apportées en 1972? Le paragraphe 1 de l'article 67 du Règlement revisé de 1972 était ainsi libellé:

> « Toute exception à la compétence de la Cour ou à la recevabilité de la requête ou toute autre exception sur laquelle le défendeur demande une décision avant que la procédure sur le fond se poursuive doit être présentée par écrit, dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire. Toute exception soulevée par une partie autre que le défendeur doit être déposée dans le délai fixé pour le dépôt de la première pièce écrite de cette partie. »

Cette disposition est devenue le paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement de 1978.

Dans le texte de 1972, les mots « dans le délai fixé pour le dépôt du contre-mémoire » remplaçaient les mots « avant l'expiration du délai fixé pour la première pièce de la procédure écrite à déposer par la partie soulevant l'exception »; mais, en ce qui concerne le défendeur, il n'est pas vraiment certain qu'on ait voulu modifier sensiblement le sens de la disposition. On pourrait soutenir que, dans la nouvelle formulation, le mot « dans » confinait implicitement, bien que de façon elliptique, la présentation de l'exception à la période commençant avec le dépôt du mémoire et prenant fin à la date limite fixée pour le dépôt du contre-mémoire. Mais l'idée que l'expression « dans le délai » n'est peut-être pas une base suffisante pour étayer la thèse d'une double limite du type de celle qu'impliquerait une formule comme « pendant la période » semble découler du fait que, dans le cas de l'article 38 du Règlement de 1926, on avait jugé nécessaire de compléter l'expression « dans le délai fixé pour la présentation du contre-mémoire » et de la faire précéder de la formule « après la présentation du mémoire de la partie demanderesse et... » En effet, alors que la disposition de 1926 prescrivait deux limites de temps, en fixant le début et la fin du délai, la clause actuellement en vigueur n'en fixe que la fin.

La pratique de la Cour

Dès lors, on peut fort bien soutenir que, eu égard au libellé du Règlement, le défendeur n'a jamais cessé d'avoir, depuis 1936 jusqu'à maintenant, le droit d'introduire une exception préliminaire même avant le dépôt du mémoire. Lorsqu'on examine si une pratique différente s'est instituée, il faut se rappeler que la modification de 1936 a tenu compte de l'expérience concrète de l'application du Règlement de 1926 et qu'elle visait probablement à protéger le droit du défendeur de recourir à une exception préliminaire à l'effet (comme on devait le dire plus tard) « d'éviter non seulement une décision mais aussi toute discussion du fond » (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964*, p. 44. Voir aussi l'opinion individuelle de MM. De Visscher et Rostworowski dans l'affaire du *Chemin de fer Pane-*

interest in acting with maximum speed with a view to discouraging any contention that a prorogated jurisdiction has impliedly arisen through failure to protest with reasonable promptitude. On the other hand, it is possible that the Court tended in practice to revert to the earlier view that, as Judge Anzilotti had warned, there could be difficulty in entertaining a preliminary objection without the benefit of considering it in the light of the merits of the applicant's case as they might later appear in the Memorial.

Two groups of cases may be considered, namely, those in which the respondent did not appear, and those in which the respondent did appear.

As to the first group of cases, the non-appearance of the respondent meant, of course, that a preliminary objection could not be filed. It is the position, however, that in these cases preliminary issues of a kind which could have been raised on such an objection were heard and determined without any Memorial having been in fact filed (see the *Fisheries Jurisdiction* case, *I.C.J. Reports 1972*, p. 182, and *I.C.J. Reports 1973*, pp. 3 and 93; the *Aegean Sea Continental Shelf* case, *I.C.J. Reports 1976*, pp. 13-14 and 43, and *I.C.J. Reports 1978*, p. 45; and the *Nuclear Tests (Australia* v. *France)* case, *I.C.J. Reports 1973*, p. 106). A similar course seems to have been followed in the case concerning *Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua* v. *United States of America)* (*I.C.J. Reports 1984*, pp. 187 and 209, and *I.C.J. Reports 1985*, p. 3) but there also, although the respondent did appear, it was clear that a formal preliminary objection had not been filed (see the United States Counter-Memorial on jurisdiction and admissibility, 17 August 1984, para. 2).

An argument that these cases — and particularly the last-mentioned — involved preliminary objections in substance though not in form is attractive. The approach which they take points plausibly in the direction of the respondent's position in this case. But not perhaps conclusively so; for, although it may appear technical to distinguish between a preliminary objection filed as such and a preliminary issue in the nature of a preliminary objection but not raised as a preliminary objection, the distinction is not an arid technicality: something of substance turns — and turns decisively — on it, in the important sense that the raising of a preliminary issue does not operate to suspend the proceedings unless it is specifically raised as a preliminary objection under Article 79, paragraph 1, of the Rules of Court.

The innovative character of the approach taken in the first group of cases in relation to the Rules, the operation of which they effectively qualified, did not pass unchallenged (see the *Fisheries Jurisdiction* cases, *I.C.J. Reports 1972*, pp. 184 and 191). But, granted the competence of the Court through a new practice so to qualify the operation of the Rules, it by the same token follows that the Court was equally competent by its practice to qualify the operation of the Rules in relation to the time for filing a

vezys-Saldutiskis, C.P.J.I. série A/B n° 76, p. 24). Le défendeur peut aussi avoir un intérêt légitime à agir avec célérité pour couper court à tout argument selon lequel l'absence de prompte contestation a eu implicitement pour effet de proroger la compétence. En revanche, il est possible que la Cour ait eu tendance en pratique à revenir au point de vue précédent selon lequel, comme l'avait signalé M. Anzilotti, il pourrait être difficile d'examiner une exception préliminaire sans connaître les moyens que le requérant pourrait ensuite faire valoir dans son mémoire sur le fond.

On peut envisager deux catégories d'affaires: celles dans lesquelles le défendeur n'a pas comparu et celles dans lesquelles il a comparu.

Pour ce qui est de la première catégorie, la non-comparution du défendeur signifiait évidemment qu'aucune exception préliminaire ne pouvait être présentée. Néanmoins il se trouve que, dans ces affaires, des questions préliminaires du type de celles qui auraient pu être soulevées par une telle exception ont été débattues et tranchées sans qu'un mémoire ait été effectivement déposé (voir l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries, C.I.J. Recueil 1972*, p. 182, et *C.I.J. Recueil 1973*, p. 3 et 93; l'affaire du *Plateau continental de la mer Egée, C.I.J. Recueil 1976*, p. 13-14 et 43, et *C.I.J. Recueil 1978*, p. 45; et l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France), C.I.J. Recueil 1973*, p. 106). Il semble qu'il en soit allé de même dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), C.I.J. Recueil 1984*, p. 187 et 209, et *C.I.J. Recueil 1985*, p. 3), mais là aussi, bien que le défendeur ait comparu, il est clair qu'aucune exception préliminaire formelle n'a été déposée (voir le contre-mémoire des Etats-Unis sur la compétence et la recevabilité, 17 août 1984, par. 2).

L'argument selon lequel ces affaires — et plus particulièrement la dernière — impliquaient des exceptions préliminaires — en substance, sinon formellement — est séduisant. A en juger par la manière dont elles ont été traitées, elles vont vraisemblablement dans le sens de la position adoptée par le défendeur en l'espèce. Mais peut-être pas de manière concluante; en effet, bien qu'une distinction entre une exception préliminaire déposée en tant que telle et une question préliminaire ayant le caractère d'une exception préliminaire mais non présentée comme exception préliminaire puisse sembler technique, cette distinction n'est pas une argutie technique: elle est liée — et bien liée — à quelque chose d'important, à savoir que le fait de soulever une question préliminaire n'a pour effet de suspendre la procédure que si cette question est spécifiquement soulevée en tant qu'exception préliminaire au sens du paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement.

Le caractère nouveau de la conception adoptée dans la première catégorie d'affaires par rapport au Règlement, dont ces affaires ont effectivement infléchi l'application, n'est pas passé sans discussion (voir les affaires de la *Compétence en matière de pêcheries, C.I.J. Recueil 1972*, p. 184 et 191). Mais, étant entendu que la Cour a compétence, par le biais d'une nouvelle pratique, pour infléchir de la sorte l'application du Règlement, elle était tout aussi compétente pour infléchir par sa pratique l'application

preliminary objection where there was in fact one. And, it seems to me, that this is what the Court did.

The second group of cases suggests that an approach different from that taken in the first group is adopted where the respondent appears and seeks to file a preliminary objection. Some difficulty does exist in respect of the *Monetary Gold* case (*I.C.J. Reports 1953*, pp. 37 and 44), in which the applicant was allowed to file a preliminary objection before the filing of the Memorial. The special circumstances of the case led the Court expressly to record that its decision did not prejudge the question of the interpretation and application of Article 62 of the 1946 Rules of Court. But, that apart, it seems to me that Italy's preliminary objection was correctly filed within the terms of that provision, this being so worded as to require "a party" to file its preliminary objection before the expiry of the time-limit fixed for the delivery of its "first pleading". Since the Court held that an applicant (as Italy was) could also make a preliminary objection (*I.C.J. Reports 1954*, p. 29), that provision effectively meant that Italy, as "a party", not only could file, but had to file, its preliminary objection before filing its Memorial or "first pleading": it simply could not do so after the filing of the Memorial. In the case of an applicant, this indeed is still the position under the second sentence of the existing provisions of Article 79, paragraph 1, of the 1978 Rules. In the case of a respondent, in terms of the 1946 provision, the first pleading was of course the Counter-Memorial. So a respondent was required then, as it is now, to file its preliminary objection before filing its Counter-Memorial. But the particular circumstances and reasoning in the *Monetary Gold* case would not seem a secure basis for suggesting that the Court in that case would have been equally disposed to countenance a preliminary objection being filed by a respondent before the filing of the Memorial, as in the case of an applicant.

In the *Interhandel* case, following on an application for provisional measures, the respondent filed a document intituled "Preliminary Objection of the United States of America", which expressly stated that it was

> "a preliminary objection under Article 62 of the Rules of the Court, to the proceedings instituted by the Government of Switzerland in the Interhandel case by its application of October 1, 1957, in so far as that application relates to the sale or other disposition of the shares . . ." (*I.C.J. Pleadings*, p. 77).

Thus, the document was by way of preliminary objection to the case itself, even though limited to one branch — a limitation which, in my understanding, was not defeasive of the character of the document as such an

du Règlement en ce qui concerne le moment où devait être déposée une exception préliminaire lorsqu'il y en avait effectivement une. Et, à ce qu'il me semble, c'est bien ce que la Cour a fait.

Dans les affaires de la seconde catégorie, lorsque le défendeur comparaît et veut introduire une exception préliminaire, il semble que la démarche adoptée soit différente de celle qui a été suivie pour la première catégorie. L'affaire de l'*Or monétaire* (*C.I.J. Recueil 1953*, p. 37 et 44), dans laquelle le demandeur a été autorisé à soulever une exception préliminaire avant le dépôt du mémoire, soulève quelques difficultés. Les circonstances particulières de cette affaire ont conduit la Cour à déclarer expressément que sa décision ne préjugeait pas la question de l'interprétation et de l'application de l'article 62 du Règlement de 1946. Mais, hormis ce point, il me semble que l'exception préliminaire de l'Italie a été correctement introduite au regard des termes de cette disposition, dont le libellé exigeait que « la partie » présente son exception préliminaire avant l'expiration du délai fixé pour la « première pièce de la procédure écrite » à déposer par cette partie. Comme la Cour a jugé qu'un requérant (ce qu'était l'Italie) pouvait aussi soulever une exception préliminaire (*C.I.J. Recueil 1954*, p. 29), cette disposition signifiait effectivement que l'Italie, en tant que « partie », non seulement pouvait, mais devait, présenter son exception préliminaire avant de déposer son mémoire, autrement dit la « première pièce de la procédure écrite » : il ne lui était tout simplement pas possible de le faire après le dépôt du mémoire. Dans le cas d'un demandeur, telle est d'ailleurs encore la situation aux termes de la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement de 1978 actuellement en vigueur. Dans le cas d'un défendeur, selon le libellé de 1946, la première pièce de la procédure écrite était naturellement le contre-mémoire. Aussi, un défendeur avait-il l'obligation, alors comme maintenant, d'introduire son exception préliminaire avant le dépôt de son contre-mémoire. Mais les circonstances et l'argumentation particulières de l'affaire de l'*Or monétaire* ne semblent pas offrir une base suffisante pour soutenir que la Cour aurait été également disposée dans cette affaire à recevoir une exception préliminaire présentée par le défendeur avant le dépôt du mémoire, comme dans le cas du requérant.

Dans l'affaire de l'*Interhandel*, à la suite d'une demande en indication de mesures conservatoires, le défendeur a présenté un document intitulé « Exception préliminaire des Etats-Unis d'Amérique » qui spécifiait qu'il s'agissait d'une

> « exception préliminaire, aux termes de l'article 62 du Règlement de la Cour, dans l'instance introduite par le Gouvernement de la Suisse en l'affaire de l'*Interhandel*, par requête du 1er octobre 1957, pour autant que cette requête se rapporte à la vente ou aux autres mesures de disposition des actions... » (*C.I.J. Mémoires*, p. 77).

Ainsi, le document se présentait comme une exception préliminaire en l'affaire proprement dite, même si l'exception était limitée à un seul aspect — limitation qui, à mon sens, n'ôtait pas à ce document son caractère, qui

objection. The Court, however, did not deal with it as such but proceeded in due course to make an Order fixing time-limits for filing the Memorial and "the Counter-Memorial or any Preliminary Objections of the Government of the United States of America" (*I.C.J. Reports 1957*, p. 123), a formulation which presumably meant that, so far as time-limits were concerned, the Preliminary Objections should be treated like the Counter-Memorial and that, accordingly, since the Counter-Memorial naturally could not be filed before the Memorial, this would also apply to the filing of any Preliminary Objections. And, indeed, the Preliminary Objections were filed after the Memorial (*I.C.J. Pleadings, Interhandel*, p. 327; cf. p. 144). For these reasons, it would not be convincing to seek to explain the decision on the ground that the Court simply acted on the basis that the rule implied that an Order fixing time-limits must have been in existence before a preliminary objection could be filed, irrespective of the issue whether or not it could be filed before the Memorial. It is not easy to appreciate why the making of an Order fixing time-limits for pleadings should possess such special juridical significance for the question whether the respondent may file a preliminary objection before the Memorial is in fact filed, as to lead to the conclusion that it may do so if such an Order has been made but may not if none has been.

Nor can the explanation be found in the fact that the preliminary objection was sought to be used in opposition to the application for provisional measures. It is true that Judge Koo said:

> "Although the objection was raised by the United States in the form of a Preliminary Objection, under Article 62 of the Rules of Court . . . it was, in fact, an objection directed against the Court's jurisdiction to indicate provisional measures . . ." (*I.C.J. Reports 1957*, p. 113.)

But Judge Koo's emphasis on the latter aspect was intended to support his view (with which the Court disagreed) that it was necessary to deal with the objection at the provisional measures stage; it could not reasonably be interpreted as indicating that the fact that the objection was sought to be relied upon by the respondent against the application for provisional measures meant that it was any the less directed to a part of the applicant's main application itself: it was so relied upon because it was so directed (*ibid.*, p. 115, *per* Judge Klaestad, and pp. 117-118, *per* Judge Lauterpacht.)

It does seem more probable that the explanation lay in an unspoken assumption by the Court that Judge Anzilotti's reasoning, which had inspired the making of the revoked 1926 Rule, had retained enough of its original wisdom and virtue to be still operative in practice to justify deferring the filing of a preliminary objection until after the filing of the Memorial. This, I think, is the approach implied in the observation by the Court that —

était celui d'une exception de cet ordre. La Cour ne l'a cependant pas traité comme tel mais a rendu, le moment venu, une ordonnance fixant des délais pour le dépôt du mémoire et du « contre-mémoire ou, éventuellement, [d]es exceptions préliminaires du Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique » (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 123), libellé qui signifiait vraisemblablement que, en ce qui concernait les délais, les exceptions préliminaires devaient être traitées comme le contre-mémoire et que, dans ces conditions, vu que le contre-mémoire ne pouvait naturellement pas être déposé avant le mémoire, cette règle s'appliquerait aussi au dépôt d'éventuelles exceptions préliminaires. D'ailleurs, les exceptions préliminaires ont été déposées après le mémoire (*C.I.J. Mémoires, Interhandel*, p. 327; cf. p. 144). C'est pourquoi il ne serait pas convaincant de tenter d'expliquer que la Cour a pris cette décision simplement parce qu'elle a implicitement conclu du Règlement qu'une ordonnance fixant des délais devait avoir été rendue pour qu'une exception préliminaire puisse être présentée, indépendamment de la question de savoir si elle pouvait l'être ou non avant le dépôt du mémoire. On ne comprend pas bien pourquoi l'adoption d'une ordonnance fixant des délais pour le dépôt de pièces écrites aurait une importance juridique telle, au regard de la question de savoir si le défendeur peut présenter une exception préliminaire avant le dépôt effectif du mémoire, que l'on doive conclure qu'il peut le faire si une telle ordonnance a été rendue mais non dans le cas contraire.

On ne trouve non plus aucune explication dans le fait qu'on a cherché à utiliser l'exception préliminaire pour s'opposer à une demande en indication de mesures conservatoires. Certes, M. Koo a déclaré ce qui suit :

> « Quoique cette exception ait été soulevée par les Etats-Unis, en vertu de l'article 62 du Règlement de la Cour, sous la forme d'une exception préliminaire ... cette exception était, en fait, dirigée contre la compétence de la Cour pour indiquer les mesures conservatoires... » (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 113.)

Mais l'insistance de M. Koo sur ce dernier aspect visait à étayer son point de vue (désapprouvé par la Cour) qu'il fallait régler la question de l'exception au stade des mesures conservatoires; on ne pouvait raisonnablement l'interpréter comme voulant dire que, puisque le défendeur cherchait à l'invoquer contre la demande en indication de mesures conservatoires, l'exception n'était pas pour autant dirigée contre une partie de la demande principale du demandeur: il l'avait invoquée parce que tel était son but (*ibid.*, p. 115, opinion individuelle de M. Klaestad, et p. 117-118, opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht).

Il semble plus probable que la Cour ait implicitement estimé que le raisonnement de M. Anzilotti, qui était à l'origine de l'adoption de l'article du Règlement de 1926 abrogé par la suite, était encore assez convaincant et assez judicieux pour continuer à s'appliquer en pratique et pour justifier le report de la présentation d'une exception préliminaire après le dépôt du mémoire. Telle est je crois, l'idée implicite que contient la déclaration de la Cour selon laquelle

> "the examination of the contention of the Government of the United States requires the application of a different procedure, the procedure laid down in Article 62 of the Rules of Court, and . . . if this contention is maintained, it will fall to be dealt with by the Court in due course in accordance with that procedure" (*I.C.J. Reports 1957*, p. 111).

The Court could not have understood that the objection was not intended as a preliminary objection filed under Article 62 of the 1946 Rules. What it seemed to be saying was that the objection could only be dealt with as such a preliminary objection "in due course in accordance with [the] procedure" prescribed by that provision. In taking this position, the Court seemed to be at one with Prof. Guggenheim whose unrebutted oral argument for the applicant on this point has been quoted above. That argument was not merely that jurisdiction did not have to be decided with finality in order to indicate provisional measures, but that the reason why a preliminary objection could not be heard during such proceedings was because it could only be heard within the framework of the procedure relating to preliminary objections, this being understood by him as indicated in his submissions quoted above, that is to say, as meaning that a preliminary objection had to be filed after the filing of the Memorial (*I.C.J. Pleadings, Interhandel*, pp. 449 and 461-462). It seems to me that this presentation found favour with the Court in the passage from its Order quoted above and was in turn reflected in the course which the proceedings actually took pursuant to that Order.

A course similar to that taken in the *Interhandel* case had been followed in the *Ambatielos* case (*I.C.J. Reports 1951*, p. 11, and *I.C.J. Reports 1952*, pp. 16 and 31) where (as in this case) what was involved was not a preliminary objection as such but a notification of intention to file one (*I.C.J. Pleadings*, p. 522). For this reason, in proceeding to fix time-limits for pleadings the Court referred only to the Memorial and Counter-Memorial, no mention being made of any possible preliminary objections.

Whatever the precise rationale — whether to enable the Court better to appreciate the objections in the light of the merits, and, or, to afford the applicant a fair opportunity to supplement through its Memorial the possibly limited averments of its application before a preliminary objection was filed with immediate suspensory effects — it does appear that, in the case of an appearing respondent, as in the *Ambatielos* and *Interhandel* cases, the Court has in fact proceeded on the basis that a preliminary objection by a respondent should not be filed until after the Memorial has been, even though, as has been seen, the 1936 rule was designed to permit of such an objection being filed before the filing of the Memorial (see Georges Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, 1967, p. 214). This was clearly recognized by Judges

« l'examen du moyen soulevé par le Gouvernement des Etats-Unis d'Amérique exige l'emploi d'une procédure différente, celle qui est déterminée par l'article 62 du Règlement, et ... si ce moyen est maintenu, celui-ci devra, le moment venu, être examiné par la Cour conformément à cette procédure » (*C.I.J. Recueil 1957*, p. 111).

La Cour ne pouvait avoir entendu que l'exception n'était pas censée constituer une exception préliminaire déposée en vertu de l'article 62 du Règlement de 1946. Ce qu'elle semblait dire, c'est que l'exception pouvait seulement être examinée en tant qu'exception préliminaire de ce genre « le moment venu, ... conformément à [la] procédure » prescrite par cette disposition. En adoptant cette position, la Cour semblait être en accord avec M. Guggenheim dont j'ai cité plus haut la plaidoirie non contredite qu'il a faite sur ce point en faveur du demandeur. Sa thèse n'était pas seulement qu'il n'y avait pas lieu de statuer sur la compétence de façon définitive pour pouvoir indiquer des mesures conservatoires, mais que la raison pour laquelle l'exception préliminaire ne pouvait être examinée au cours de cette phase de la procédure était qu'elle ne pouvait être examinée que dans le cadre de la procédure relative aux exceptions préliminaires, cette procédure étant, selon lui, celle qu'il avait décrite dans ses conclusions rappelées ci-dessus, c'est-à-dire comme signifiant qu'une exception préliminaire devait être introduite après le dépôt du mémoire (*C.I.J. Mémoires, Interhandel*, p. 449 et 461-462). Il me semble que cette façon de présenter les choses a recueilli l'approbation de la Cour dans le passage de son ordonnance cité ci-dessus et qu'elle s'est manifestée dans le tour que la procédure a effectivement pris à la suite de cette ordonnance.

Une démarche analogue à celle adoptée dans l'affaire de l'*Interhandel* a été suivie dans l'affaire *Ambatielos* (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 11, et *C.I.J. Recueil 1952*, p. 16 et 31), où (comme en la présente espèce) il s'agissait non d'une exception préliminaire proprement dite, mais de la notification de l'intention d'en introduire une (*C.I.J Mémoires*, p. 522). C'est la raison pour laquelle, en procédant à la fixation de délais pour le dépôt de pièces de procédure, la Cour n'a parlé que du mémoire et du contre-mémoire, sans qu'il soit fait mention d'exceptions préliminaires éventuelles.

Quel que fût au juste le motif de la décision — permettre à la Cour de mieux apprécier les exceptions en ayant pris connaissance du fond ou offrir au demandeur une juste occasion de compléter par son mémoire l'exposé des faits peut-être limité qui figurait dans sa requête, avant l'introduction d'une exception préliminaire qui aurait un effet suspensif immédiat, ou les deux motifs à la fois —, il apparaît nettement que, dans les cas où, comme dans l'affaire *Ambatielos* et celle de l'*Interhandel*, le défendeur s'est présenté, la Cour a effectivement considéré qu'une exception préliminaire soulevée par un défendeur ne doit être introduite qu'après le dépôt du mémoire même si, comme on l'a vu, l'article pertinent du Règlement de 1936 était conçu pour permettre d'introduire une exception de ce genre avant le dépôt du mémoire (voir Georges Abi-Saab, *Les*

Bengzon and Jiménez de Aréchaga in their joint dissenting opinion in the *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom* v. *Iceland)* case where, in contrasting objections made before the filing of the Memorial with objections made subsequently, they said:

> "There are however important differences between these two communications, in particular as to the time of their presentation and this, in our view, makes it impossible to consider the letter of the Icelandic Foreign Minister as constituting a preliminary objection. *A preliminary objection must be filed within the time-limit assigned for the Counter-Memorial, that is to say, after the presentation of the Memorial, not before it: it is only then that it may have the suspensive effects provided for in Article 62, paragraph 3, of the Rules. Otherwise, a respondent might be able to block the proceedings before the Memorial is filed.*" (*I.C.J. Reports 1972*, p. 185. Emphasis added. See likewise the *Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany* v. *Iceland)* case, *I.C.J. Reports 1972*, p. 192.)

The fact that this uncontradicted statement formed part of a dissenting opinion in no way impaired its value as authoritative recognition of the actual practice of the Court.

Neither side has cited any case decided by this Court in which a respondent was allowed to file a preliminary objection as of right before the filing of the applicant's Memorial: in one case where that course was taken, it was taken by consent of both parties, the Order of Court expressly reciting that "the Parties are agreed that the issues of jurisdiction and admissibility should be dealt with at a preliminary stage of the proceedings" (case concerning *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua* v. *Honduras), I.C.J. Reports 1986*, p. 552; and see *I.C.J. Reports 1989*, p. 6). That the Court thought it appropriate to record that circumstance in its formal Order suggests that it did not consider it as a simple private transaction unimpressed with the juridical significance which attaches to consent under Article 101 of the Rules of Court. In this connection, the letter dated 26 September 1989 from the United States Agent to the President of the Court states:

> "While the United States recognizes that the Court has not previously addressed a preliminary objection prior to the Memorial without the consent of the Applicant, there is nothing in the practice of the Court contrary to the United States reading of Article 79 [of the Rules of Court]."

It seems to me that the recognition prefacing that contention was made consistently with what may be regarded as a generally understood practice to the effect that, while a preliminary objection could be filed by a respondent before the filing of the Memorial, in the normal case the Court

exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale, 1967, p. 214). Cela a été clairement reconnu par MM. Bengzon et Jiménez de Aréchaga dans leur opinion dissidente commune en l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)*, dans laquelle, faisant une distinction entre les exceptions soulevées avant le dépôt du mémoire et celles qui le sont après, ils ont déclaré :

> « Il y a cependant entre ces deux communications d'importantes différences, en particulier quant au moment de leur présentation, de sorte qu'à notre sens il est impossible d'attribuer à la lettre du ministre des affaires étrangères d'Islande la valeur d'une exception préliminaire. *Une exception préliminaire doit être déposée dans le délai fixé pour le contre-mémoire, c'est-à-dire après la présentation du mémoire et non pas avant : c'est seulement à ce moment qu'elle peut entraîner l'effet suspensif prévu à l'article 62, paragraphe 3, du Règlement. Sinon, un défendeur serait en mesure de paralyser la procédure avant le dépôt du mémoire.* » (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 185, les italiques sont de moi ; voir aussi l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), C.I.J. Recueil 1972*, p. 192.)

Bien qu'elle figure dans une opinion dissidente, cette déclaration non contredite n'en a pas moins fait autorité en tant que reconnaissance de la pratique effective de la Cour.

Ni l'une ni l'autre des Parties n'a cité aucune affaire tranchée par la Cour actuelle, dans laquelle le défendeur ait été autorisé à déposer une exception préliminaire de plein droit avant le dépôt du mémoire du demandeur : cela a été fait dans un cas, mais sur la base du consentement mutuel des parties, l'ordonnance de la Cour indiquant expressément dans ses considérants que « les Parties sont d'accord pour que les questions de compétence et de recevabilité soient traitées à un stade préliminaire de la procédure » (*Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), C.I.J. Recueil 1986*, p. 552 ; voir aussi *C.I.J. Recueil 1989*, p. 6). Le fait que la Cour ait jugé bon de consigner cette circonstance dans le texte même de son ordonnance donne à penser qu'elle ne la tenait pas pour un simple arrangement entre les Parties, dépourvu de la valeur juridique qui s'attache à l'accord visé par l'article 101 du Règlement de la Cour. A ce propos, dans la lettre en date du 26 septembre 1989 adressée au Président de la Cour par l'agent des Etats-Unis, il est dit :

> « Les Etats-Unis reconnaissent que jusqu'à présent la Cour n'a jamais, sans l'accord du demandeur, examiné d'exceptions préliminaires avant le dépôt du mémoire mais rien, dans la pratique de la Cour, ne s'oppose à l'interprétation que les Etats-Unis donnent de l'article 79 [du Règlement]. »

Il me semble que le membre de phrase concessif qui ouvre cet énoncé concorde avec ce qui peut être considéré comme une pratique généralement admise, pratique suivant laquelle, sans exclure la possibilité pour un défendeur de présenter une exception préliminaire avant le dépôt du mé-

would not entertain it if so filed but would proceed on the basis that it should be filed after the filing of the Memorial (see, generally, Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, Vol. 1, p. 451; also by him, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, pp. 161 and 163; and Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 508).

Perhaps I should add that, the decisions of the Court not being as numerous as in the case of national courts, the fact that the practice referred to is demonstrated by not very many cases does not necessarily tell against its existence. A point of greater importance is that presented by Judge Schwebel's able and careful arguments — which I do respect — to the effect that the specific issue as to whether a preliminary objection may be filed before the filing of the Memorial has not heretofore been the subject of direct contest before the Court. But, while this may go to the weight of the decisions in question, it does not, in my view, neutralize their value as indicative of the actual course of the Court's practice: a practice seldom originates in a reasoned decision given after contest on the particular point. Moreover, as sought to be shown above, it does seem to be the position that in the *Interhandel* case the Court had in mind the practice explicitly mentioned in the submissions of Prof. Guggenheim to the effect that a preliminary objection was to be filed only after the filing of the Memorial. While it is possible to interpret the case in different ways, the hard fact which stubbornly remains is that, in that case, a document which was indubitably in the form of a preliminary objection purporting to be filed as such under the applicable rule, but which was filed before the filing of the Memorial, was not entertained as such by the Court, which left it to the respondent to file a fresh preliminary objection after the filing of the Memorial.

The Effect of the 1972 Rules on the Practice of the Court

The question arises whether this practice should be regarded as having been abolished by the 1972 Rules. Two provisions of these Rules suggest themselves for consideration, namely, paragraphs 6 and 7 of Article 67 (corresponding to paragraphs 6 and 7 of Article 79 of the 1978 Rules). They read as follows:

> "6. In order to enable the Court to determine its jurisdiction at the preliminary stage of the proceedings, the Court, whenever necessary, may request the parties to argue all questions of law and fact, and to adduce all evidence, which bear on the issue.
>
> 7. After hearing the parties, the Court shall give its decision in the form of a judgment, by which it shall either uphold the objection, reject it, or declare that the objection does not possess, in the circum-

moire, la Cour, normalement, n'examinerait pas une exception déposée à ce stade, mais considérerait qu'elle doit être introduite après le dépôt du mémoire (voir, en général, Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, vol. I, p. 451 ; du même auteur, *Procedure in the International Court : A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 161 et 163 ; voir aussi Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 508).

Peut-être devrais-je ajouter que les décisions de la Cour n'étant pas aussi nombreuses que celles des juridictions nationales, le fait que la pratique en question est démontrée par un nombre de cas qui n'est pas très élevé ne témoigne pas nécessairement contre son existence. Un point qui présente davantage d'importance est celui que M. Schwebel a fort bien et fort soigneusement développé dans son argumentation — que je respecte — suivant laquelle la question spécifique de savoir si une exception préliminaire peut être soulevée avant le dépôt du mémoire n'a jusqu'à présent pas fait directement l'objet d'un débat contradictoire devant la Cour. Cette constatation peut donner du poids aux décisions en question, mais celles-ci n'en sont pas moins, à mon avis, révélatrices de la véritable tendance de la pratique de la Cour : il est rare qu'une pratique tire son origine d'une décision mûrement réfléchie, rendue après un débat sur la question dont il s'agit. De plus, comme j'ai cherché à le montrer plus haut, il semble bien que, dans l'affaire de l'*Interhandel*, la Cour ait eu en vue la pratique explicitement mentionnée dans les conclusions exposées par M. Guggenheim, selon lesquelles une exception préliminaire ne devait être soulevée qu'après le dépôt du mémoire. Bien qu'on puisse interpréter les choses de différentes manières, le fait demeure, incontournable, que, dans cette affaire, un document revêtant indubitablement la forme d'une exception préliminaire, destiné à être déposé en tant que tel suivant la règle applicable, mais qui avait été présenté avant le dépôt du mémoire, n'a pas été considéré comme une exception préliminaire par la Cour, si bien que le défendeur a introduit une nouvelle exception préliminaire après le dépôt du mémoire.

L'EFFET DU RÈGLEMENT DE 1972 SUR LA PRATIQUE DE LA COUR

On peut se demander s'il faut considérer que cette pratique a été abolie par le Règlement de 1972. Deux dispositions de ce texte, les paragraphes 6 et 7 de l'article 67 (qui correspondent aux paragraphes 6 et 7 de l'article 79 du Règlement de 1978), invitent à la réflexion. Elles sont rédigées dans les termes suivants :

> « 6. Pour permettre à la Cour de se prononcer sur sa compétence au stade préliminaire de la procédure, la Cour peut, le cas échéant, inviter les parties à débattre tous points de fait et de droit, et à produire tous moyens de preuve, qui ont trait à la question.
>
> 7. La Cour, après avoir entendu les parties, statue dans un arrêt par lequel elle retient l'exception, la rejette ou déclare que cette exception n'a pas dans les circonstances de l'espèce un caractère exclu-

stances of the case, an exclusively preliminary character. If the Court rejects the objection or declares that it does not possess an exclusively preliminary character, it shall fix time-limits for the further proceedings."

As to paragraph 6, in my opinion, the reference therein to jurisdiction being determined "at the preliminary stage of the proceedings" is not synonymous with a determination being made before the filing of the Memorial. The "preliminary stage of the proceedings" was a well-understood concept which was used simply in opposition to the "merits stage". It was not confined to the period before the filing of the Memorial. On the contrary, in the case of a preliminary objection by a respondent the preliminary stage always extended into the period after the filing of the Memorial. Nothing in Article 67, paragraph 6, of the 1972 Rules operated to change this understanding.

As to paragraph 7 of Article 67 of the 1972 Rules, the object here was to ensure that preliminary objections were determined as far as practicable before the hearing on the merits and not joined to the latter unnecessarily. This had nothing to do with the particular stage at which a preliminary objection could be filed. The fact that a preliminary objection is filed after the filing of the Memorial should not necessarily lead to its being joined to the merits. The 1972 changes did place a proper emphasis on early determination of preliminary objections, but the focus was on not unnecessarily deferring them to the hearing on the merits.

The letter to the President of the Court from the Agent for the United States of America dated 26 September 1989 invited attention to a learned article by a former President of the Court, the relevant part of which reads as follows:

> "(a) *Time-limit for filing a preliminary objection*: With a view to the acceleration of proceedings and to avoid unnecessary delays it has been suggested that a party should file a preliminary objection as soon as it receives the Application or a short time after receiving the Memorial. While these proposals have an objective that coincides with the main approach followed in the amendments to the Rules of Procedure, they could not be adopted since they might affect the right of defense of the Respondent. As to the first suggestion, that the preliminary objection should be filed as soon as the Application had been received, it was felt that a Respondent had a right to wait for the full development of the Applicant's case in the Memorial before being obliged to file its objection. Otherwise the Applicant, who had had all the time it wished to draft its Application, would also be allowed to shape its Memorial so as to try to defeat the objection it had already been able to study." (Eduardo Jiménez de Aréchaga, "The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice", *American Journal of International Law*, 1973, Vol. 67, p. 19.)

sivement préliminaire. Si la Cour rejette l'exception ou déclare qu'elle n'a pas un caractère exclusivement préliminaire, elle fixe les délais pour la suite de la procédure. »

En ce qui concerne le paragraphe 6, il y est dit que la Cour doit pouvoir se prononcer sur sa compétence « au stade préliminaire de la procédure », ce qui ne veut pas dire, à mon sens, que la décision est prise avant le dépôt du mémoire. Le « stade préliminaire de la procédure » était une notion très claire, employée simplement par opposition au « stade du fond ». Il n'était pas circonscrit à la période précédant le dépôt du mémoire. Au contraire, en cas d'exception préliminaire introduite par le défendeur, ce stade préliminaire s'étendait toujours jusqu'à la période postérieure au dépôt du mémoire. Rien au paragraphe 6 de l'article 67 du Règlement de 1972 n'a eu pour effet de modifier cette interprétation.

Quant au paragraphe 7 de l'article 67 du Règlement de 1972, son but était qu'il soit statué sur les exceptions préliminaires autant que possible avant les débats sur le fond et que ces exceptions ne soient pas jointes au fond sans nécessité. Cela n'avait rien à voir avec le stade où une exception préliminaire pouvait être introduite. Le fait qu'une telle exception est déposée après le dépôt du mémoire ne devait pas nécessairement conduire à sa jonction au fond. Les modifications de 1972 accordaient l'importance voulue à la rapidité de la décision sur les exceptions préliminaires, mais elles visaient surtout à ne pas en retarder inutilement l'examen jusqu'aux débats sur le fond.

La lettre que l'agent des Etats-Unis d'Amérique a adressée au Président de la Cour le 26 septembre 1989 signalait un remarquable article d'un ancien Président de la Cour. Le passage pertinent de cet article est libellé comme suit :

« a) *Délai pour l'introduction d'une exception préliminaire*: afin d'accélérer la procédure et d'éviter des retards inutiles, il a été suggéré que l'exception préliminaire soit introduite dès que la partie concernée a reçu la requête, ou peu de temps après qu'elle a reçu le mémoire. Bien que ces propositions aient concordé avec l'objet principal des amendements au Règlement, elles n'ont pas pu être adoptées parce qu'elles auraient risqué de porter atteinte aux droits du défendeur. En ce qui concerne la première suggestion, selon laquelle l'exception préliminaire devrait être déposée dès réception de la requête, on a estimé que le défendeur était en droit d'attendre que le demandeur ait pleinement exposé son argumentation dans le mémoire avant d'être obligé d'introduire son exception. Faute de quoi le demandeur, qui a déjà eu tout le temps de rédiger sa requête, aurait aussi la possibilité de composer son mémoire de façon à tenter de faire échec à l'exception qu'il aurait eu le loisir d'étudier. » (Eduardo Jiménez de Aréchaga, « The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, 1973, vol. 67, p. 19.)

This statement is indeed consistent with an assumption that a respondent had a right in law to file a preliminary objection either before or after the filing of the Memorial. But it seems to me that the statement shows something more: for, if "it was felt that a Respondent had a right to wait for the full development of the Applicant's case in the Memorial before being obliged to file its objection", this at the same time assumed the existence of a system under which an applicant was entitled to include in its Memorial matters of law or of fact which might turn out to be of relevance to a possible preliminary objection. This in turn seems consistent with the conclusion reached above that, while on the face of the Rules a respondent had a right to file its preliminary objection before the filing of the Memorial, this right had in fact come to be qualified by a practice under which, if such an objection was filed before the Memorial, the Court could in its discretion decline to recognize or treat with it as such and direct that it be filed after the Memorial — and this precisely for the reason that the Memorial might prove pertinent to the objection when eventually taken. Judge Jiménez de Aréchaga's helpful article does not seem to go as far as to suggest that this practice was being abrogated by the 1972 Rules. He gave no hint of any such effect in the passage quoted above from the joint dissenting opinion in which he participated in the *Fisheries Jurisdiction (United Kingdom* v. *Iceland)* case (*I.C.J. Reports 1972*, p. 185). True, that opinion was based on the 1946 Rules, but it was delivered three months after the 1972 Rules were adopted. If any significant change had been made on a procedural point to which decisive importance was clearly attached by the opinion, he might naturally have been expected to mention it. As has been seen, he did not. Nor is this surprising: there was no material difference on the point between the 1946 Rules and the 1972 Rules. Other commentators, writing after the 1972 changes were made, appear to recognize the continuance of the practice (see Shabtai Rosenne, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, pp. 161 and 163; and Geneviève Guyomar, *op. cit.*, p. 508). As suggested above, the procedure by consent of parties adopted in the *Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua* v. *Honduras)* case (*I.C.J. Reports 1986*, p. 551) seemed also to posit its continuance. The United States statement referred to above can scarcely be construed as pointing to a different conclusion so far as the actual practice was concerned.

SHOULD THE RULES PREVAIL OVER THE PRACTICE?

For the reasons given, it may be contended that the practice referred to is not strictly consistent with the terms of the existing rule, in the sense that it tends to inhibit a respondent in the exercise of a seemingly absolute right

Cette opinion semble bien confirmer qu'un défendeur est en droit d'introduire une exception préliminaire soit avant, soit après, le dépôt du mémoire. Mais, à mon avis, elle va plus loin; en effet, si « on a estimé que le défendeur était en droit d'attendre que le demandeur ait pleinement exposé son argumentation dans le mémoire avant d'être obligé d'introduire son exception », cela suppose en même temps l'existence d'un mécanisme par lequel un requérant peut introduire dans son mémoire des points de droit ou de fait qui pourraient éventuellement se révéler pertinents au regard d'une exception préliminaire. Cela paraît aussi compatible avec la conclusion énoncée ci-dessus selon laquelle, si le défendeur a le droit, conformément au Règlement, d'introduire son exception préliminaire avant le dépôt du mémoire, ce droit s'est en fait trouvé tempéré par une pratique selon laquelle, si une telle exception est introduite avant le dépôt du mémoire, la Cour peut, à sa discrétion, décider de ne pas la reconnaître ou la traiter comme telle et ordonner qu'elle soit déposée après le mémoire — et cela précisément pour la raison que le mémoire pourrait se révéler pertinent au regard de l'exception au moment où elle sera examinée. Dans son précieux article, M. Jiménez de Aréchaga ne semble pas aller jusqu'à suggérer que cette pratique a été abrogée par le Règlement de 1972. Il n'a fait aucune allusion à un tel effet dans le passage précité de l'opinion dissidente commune dont il avait été un des auteurs dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande)* (*C.I.J. Recueil 1972*, p. 185). Il est vrai que cette opinion était fondée sur le Règlement de 1946, mais elle a été donnée trois mois après l'adoption de celui de 1972. Si un changement tant soit peu important avait été introduit sur un point de procédure auquel l'opinion accordait manifestement une importance décisive, il n'aurait naturellement pas manqué d'en faire état. Or nous avons vu que ce n'est pas le cas. Et cela n'a rien de surprenant: il n'y avait sur ce point pas de différence appréciable entre le Règlement de 1946 et celui de 1972. D'autres auteurs, qui ont écrit après l'introduction des changements de 1972 dans le Règlement, semblent admettre que la pratique en question continue (voir Shabtai Rosenne, *Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice*, 1983, p. 161 et 163, et Geneviève Guyomar, *op. cit.*, p. 508). Comme on l'a dit plus haut, la procédure fondée sur le consentement des parties qui a été adoptée dans l'affaire relative à des *Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras)* (*C.I.J. Recueil 1986*, p. 551) semble aussi impliquer le maintien de cette pratique. La déclaration susmentionnée des Etats-Unis ne peut guère être interprétée autrement que comme admettant cet état de choses en ce qui concerne la pratique en question.

LE RÈGLEMENT DOIT-IL L'EMPORTER SUR LA PRATIQUE?

Pour les raisons indiquées, on pourrait soutenir que la pratique dont on a parlé n'est pas strictement conforme aux dispositions du Règlement actuel, car elle tend à entraver l'exercice par un défendeur d'un droit

available under the strict terms of the rule to file a preliminary objection before the filing of the Memorial. But, however arguable that might be, the possibility of a different interpretation of the rule could not be wholly excluded, and of course the competence to interpret the Rules lay with the Court. It is general experience that formal rules of procedure — at any rate where no conflict with an overriding constituent instrument is involved (a caveat to which I attach importance in this field) — develop through the way in which they are interpreted and applied by the court concerned as evidenced by its practice.

The real question then is, should this Court at this stage overrule the interpretation of Article 79 of the Rules, which is implicit in its practice, on the ground that it is erroneous? The Court is not committed to any doctrine of binding precedent, but it does respect its own jurisprudence. Consequently, though competent to reverse its previous holdings on the law, the Court is not expected to exercise that competence lightly and without good reason (Sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 19). It may be too general a way of putting the position merely to say that the Court should act cautiously. But what then should be the criteria guiding the prudence of the Court in a procedural matter of this kind? In the absence of any clear guidelines having been adopted by the Court, it seems to me that, in a case of this particular kind, it would be reasonable for the Court to apply something corresponding to the twin tests of clear error and public mischief as known to the upper levels of judicial activity in many jurisdictions. There should, I think, be clear error in the sense that the Court must be satisfied that the opposing arguments are not barely persuasive but are conclusively demonstrative of manifest error in a previous holding. And there should be public mischief, or something akin to it, in the sense that the injustice created by maintaining a previous but erroneous holding must decisively outweigh the injustice created by disturbing settled expectations based on the assumption of its continuance; mere marginal superiority of a new ruling should not suffice.

In this case, it could plausibly be argued that the test of clear error is satisfied. I am not however convinced that the test of public mischief is met. Under the strict terms of Article 79, paragraph 1, of the Rules of Court, a respondent would be entitled as of right to file a preliminary objection before the disclosure of the merits of the applicant's claim through its Memorial. And that is a right not to be underestimated. But that right has to be balanced against possibly substantial injustice which an applicant might suffer if its case were dismissed on a preliminary objection before it had the opportunity, through its Memorial, of developing and supplementing its application on points of possible deficiency pursuant to a right to do so which it not unreasonably thought it had under the

apparemment absolu découlant strictement des dispositions du Règlement et qui l'autorise à introduire une exception préliminaire avant le dépôt du mémoire. Mais, si cela est très soutenable, la possibilité d'une interprétation différente de l'article ne peut être totalement exclue, et bien entendu c'est à la Cour qu'il appartient d'interpréter le Règlement. L'expérience commune enseigne que les règles de procédure — du moins quand il n'y a pas conflit avec un instrument constitutif supérieur (restriction importante à mes yeux dans ce domaine) — évoluent selon l'interprétation qu'en donne une certaine juridiction et l'application qu'elle en fait, ainsi qu'en témoigne sa pratique.

Il s'agit donc en fait de savoir si la Cour, au stade actuel, devrait revenir sur l'interprétation de l'article 79 du Règlement qui apparaît implicitement dans sa pratique, au motif que cette interprétation est erronée. La Cour n'est liée par aucune doctrine du précédent obligatoire, mais elle n'en respecte pas moins sa propre jurisprudence. En conséquence, bien qu'elle ait compétence pour réformer ses prises de position antérieures sur le droit, la Cour ne devrait pas exercer cette compétence avec légèreté et sans de bonnes raisons (sir Hersch Lauterpacht, *The Development of International Law by the International Court*, 1958, p. 19). Peut-être ne peut-on pas dire simplement, en termes généraux, que la Cour devrait procéder avec circonspection. Mais par quels critères la Cour, dans sa sagesse, devrait-elle alors se laisser guider dans une question de procédure de ce genre? En l'absence de directives claires adoptées par la Cour, il me semblerait raisonnable d'appliquer, dans un cas de ce genre, le double critère de l'erreur manifeste et de la perturbation de la bonne administration de la justice *(public mischief)* que connaissent bon nombre de hautes instances judiciaires. Il faudrait, à mon avis, qu'il y ait erreur manifeste en ce sens que la Cour doit être certaine que les arguments en sens contraire ne sont pas seulement persuasifs mais qu'ils démontrent de façon déterminante l'existence d'une erreur évidente dans une prise de position antérieure. Et il faudrait aussi que la bonne administration de la justice, ou quelque chose qui s'y apparente, soit en cause. Autrement dit, il faudrait que l'injustice créée par le maintien d'une prise de position antérieure erronée soit nettement plus grande que l'injustice créée par la perturbation des attentes fondées sur la présomption de son maintien; une simple supériorité marginale d'une nouvelle décision ne devrait pas suffire.

En l'espèce, on pourrait fort bien soutenir que le critère de l'erreur manifeste s'applique. Mais je ne suis pas convaincu qu'il en soit de même du critère de la bonne administration de la justice. A s'en tenir strictement aux dispositions du paragraphe 1 de l'article 79 du Règlement, un défendeur serait habilité de plein droit à introduire une exception préliminaire avant que les demandes du requérant quant au fond n'aient été révélées par la voie du mémoire. Et c'est là un droit qu'il ne faut pas sous-estimer. Mais il faut bien peser en contrepartie l'injustice peut-être grave dont pourrait être victime un requérant si ses demandes étaient rejetées en raison d'une exception préliminaire avant qu'il n'ait eu la possibilité, grâce à son mémoire, de développer et de compléter sa requête sur des

rule as interpreted and applied by the Court in the course of its own practice. Had it not been for the existence of the practice, such an applicant's application might have been more fully framed in the first instance. In my opinion, the balance when struck speaks with persuasive fairness in favour of the continuance of that practice and of the corresponding interpretation of the Rules which it portrays. If there is to be a change — and there may be good reason why there should be — it should be made by way of a formal amendment of the Rules designed to take effect prospectively, and not by way of a decision of the Court retrospectively invalidating a practice of its own creation upon which reasonable expectations have been founded.

CONCLUSION

Though not without hesitation — for the position is not quite tidy and the logic of development not fully revealed — I reach the conclusion that, while in principle a respondent has a right to file its preliminary objection before the applicant's Memorial is filed and while in some cases recourse to that right may be perfectly justifiable, the Court may exercise a discretion both to decline to recognize or treat with a preliminary objection so filed and to direct that it be filed after the filing of the Memorial. The terms and grounds of the proposed preliminary objections not having been disclosed, there is no apparent basis at this stage for considering a possible departure in this case from the usual way in which it is considered that that discretion should be exercised. In the result, the only course is to make an Order fixing time-limits for pleadings (including any preliminary objections). This has been done, and this I support. But, for the reasons given, I consider that the last recital of the Court's Order lacks internal balance in that —

(i) the recital focuses on the entitlement of a respondent to defer the filing of its preliminary objection until after it has been "informed as to the nature of the claim by the submission of a Memorial by the Applicant" but neglects to balance this by taking account of what, on the other hand, seems to be a recognized entitlement of an applicant to supplement its application through its Memorial on matters of fact or law which could help to protect it against an eventual preliminary objection; and

(ii) the recital focuses on the entitlement of a respondent to "file its objection earlier" (i.e., before the Memorial), but neglects to balance this by taking account of what, on the other hand, seems to be a discretion of the Court to decline to recognize or treat with an objection so filed and to direct that it be filed after the filing of the Memorial.

points éventuellement défectueux, en vertu d'un droit qu'il croyait non sans raison tenir du Règlement tel qu'il a été interprété et appliqué par la Cour dans sa propre pratique. S'il n'y avait pas eu cette pratique, la requête aurait pu être présentée d'emblée sous une forme plus étoffée. Tout bien pesé, il semble à mon avis plus équitable de maintenir la pratique et l'interprétation du Règlement qu'elle reflète. S'il faut changer quelque chose — et il se peut qu'il y ait de bonnes raisons à cela —, que ce soit par la voie d'un amendement en bonne et due forme du Règlement, destiné à prendre effet pour l'avenir, et non pas au moyen d'une décision par laquelle la Cour invaliderait rétrospectivement une pratique instituée par elle-même et sur laquelle des attentes raisonnables se sont fondées.

CONCLUSION

Non sans hésitation — car la position n'est pas tout à fait nette et la logique de son évolution n'est pas pleinement dévoilée —, j'en viens à la conclusion que, si en principe un défendeur a le droit d'introduire son exception préliminaire avant le dépôt du mémoire du demandeur et si dans certains cas l'exercice de ce droit peut se révéler parfaitement justifié, la Cour peut, à sa guise, soit ne pas reconnaître une exception préliminaire introduite à ce stade, soit l'examiner et ordonner qu'elle soit introduite après le dépôt du mémoire. La teneur et les fondements des exceptions préliminaires envisagées n'ayant pas été divulguées, il n'y a apparemment pas de raison, au stade actuel de l'affaire, de songer à rompre avec ce qui est considéré comme l'exercice normal de ce pouvoir d'appréciation. En définitive, on ne peut que rendre une ordonnance fixant des délais pour la procédure écrite (y compris d'éventuelles exceptions préliminaires). C'est ce qu'on a fait, et je suis d'accord sur ce point. En revanche, pour les raisons que j'ai indiquées, je considère que le dernier considérant de l'ordonnance de la Cour manque de cohérence en ce que :

i) il est axé sur le droit du défendeur de différer le dépôt de son exception préliminaire jusqu'à ce qu'il ait été « renseigné ... sur la nature de la demande, grâce à la présentation par le demandeur d'un mémoire », mais omet de nuancer ces termes en prenant en considération ce qui, d'autre part, paraît être un droit reconnu du demandeur de compléter sa requête par son mémoire sur des points de fait ou de droit qui pourraient l'aider à se prémunir contre une éventuelle exception préliminaire ; et

ii) il est axé sur le droit du défendeur « de déposer son exception plus tôt » (c'est-à-dire avant le mémoire), mais omet de nuancer ces termes en prenant en considération ce qui, d'autre part, paraît être un pouvoir discrétionnaire de la Cour de ne pas reconnaître une exception déposée plus tôt ou de l'examiner et d'ordonner qu'elle soit introduite après le dépôt du mémoire.

In sum, the recital in question approaches the procedural situation as if it were designed solely to confer options on a respondent. I am of opinion that the procedural régime actually in force (that is to say, the Rules of Court as well as the practice of the Court) is both more flexible and more balanced, and that, in particular, there are rights and expectations of an applicant which are also to be considered but which the recital does not take into account. I accept that, in law, a respondent has a right to file its preliminary objection before the filing of the Memorial. But that is not the whole picture, and the whole picture is not projected by the recital in question. Whence this reservation to that effect.

(Signed) Mohamed SHAHABUDDEEN.

En somme, le considérant en question aborde la procédure comme si celle-ci était destinée exclusivement à accorder des possibilités de choix au défendeur. Je suis d'avis que le régime procédural effectivement en vigueur (à savoir le Règlement de la Cour ainsi que la pratique de la Cour) est à la fois plus souple et mieux équilibré et qu'en particulier il existe, pour tout demandeur, des droits et des attentes qui doivent aussi être pris en considération, mais qui ne le sont pas dans ce considérant. Je conviens que, juridiquement, un défendeur a le droit d'introduire son exception préliminaire avant le dépôt du mémoire. Mais tout n'est pas là, et le considérant en question ne dit pas tout. D'où la réserve que je formule à cet égard.

(Signé) Mohamed SHAHABUDDEEN.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING THE LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDER OF 13 DECEMBER 1989

COMPOSITION OF CHAMBER

1989

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE DU DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDONNANCE DU 13 DÉCEMBRE 1989

COMPOSITION DE LA CHAMBRE

Official citation :
Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador / Honduras), Composition of Chamber, Order of 13 December 1989, I.C.J. Reports 1989, p. 162.

Mode officiel de citation :
Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador / Honduras), composition de la Chambre, ordonnance du 13 décembre 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 162.

Sales number **571**
N° de vente :

13 DECEMBER 1989

ORDER

LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE (EL SALVADOR/HONDURAS)

COMPOSITION OF CHAMBER

DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME (EL SALVADOR/HONDURAS)

COMPOSITION DE LA CHAMBRE

13 DÉCEMBRE 1989

ORDONNANCE

1989
13 December
General List
No. 75

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 1989

13 December 1989

CASE CONCERNING THE LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDER

COMPOSITION OF CHAMBER

Present: *President* RUDA; *Judges* ELIAS, ODA, AGO, SCHWEBEL, Sir Robert JENNINGS, BEDJAOUI, NI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK; *Registrar* VALENCIA-OSPINA.

The International Court of Justice,

Composed as above,

After deliberation,

Makes the following Order:

Having regard to Articles 31 and 48 of the Statute of the Court and to Articles 17 and 35 of the Rules of Court,

Having regard to the Special Agreement concluded on 24 May 1986 between the Republic of El Salvador and the Republic of Honduras for the submission of a land, island and maritime frontier dispute between the two States to a chamber of the Court consisting of three Members of the Court and two judges *ad hoc* chosen by the Parties,

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1989

1989
13 décembre
Rôle général
n° 75

13 décembre 1989

AFFAIRE DU DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME

(EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDONNANCE

COMPOSITION DE LA CHAMBRE

Présents: M. RUDA, *Président*; MM. ELIAS, ODA, AGO, SCHWEBEL, sir Robert JENNINGS, MM. BEDJAOUI, NI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK, *juges*; M. VALENCIA-OSPINA, *Greffier*.

La Cour internationale de Justice,

Ainsi composée,

Après délibéré en chambre du conseil,

Rend l'ordonnance suivante:

Vu les articles 31 et 48 du Statut de la Cour et les articles 17 et 35 de son Règlement,

Vu le compromis conclu le 24 mai 1986 entre la République d'El Salvador et la République du Honduras, visant à soumettre un différend frontalier terrestre, insulaire et maritime entre les deux Etats à une chambre de la Cour composée de trois membres de la Cour et de deux juges *ad hoc*, désignés par les Parties,

Having regard to the notifications made by the Parties of the choice by them of judges *ad hoc*, namely the choice by El Salvador on 7 March 1987 of Mr. Nicolas Valticos, and the choice by Honduras on 8 April 1987 of Mr. Michel Virally,

Having regard to the Order made by the Court on 8 May 1987 whereby it decided to accede to the request of the Governments of El Salvador and Honduras to form a special chamber of five judges to deal with the case, and further declared that at an election held on 4 May 1987 Judges Oda, Sette-Camara and Sir Robert Jennings were elected to form, with the judges *ad hoc* chosen by the Parties, a chamber to deal with the case, and that accordingly such a Chamber was duly constituted by the Order, composed of Judges Oda, Sette-Camara and Sir Robert Jennings, and Judges *ad hoc* Valticos and Virally; and

Whereas Judge *ad hoc* Virally died on 27 January 1989;

Whereas by letter dated 9 February 1989 the Agent of Honduras informed the Court that his Government had chosen Mr. Santiago Torres Bernárdez to sit as judge *ad hoc* in place of the late Judge *ad hoc* Virally;

Whereas pursuant to Article 35, paragraph 3, of the Rules of Court a copy of the letter of 9 February 1989 from the Agent of Honduras was on 13 February 1989 communicated by the Registrar to the Agent of El Salvador, who was requested to furnish such observations as the Government of El Salvador might wish to make;

Whereas after a number of communications had been addressed to the Court by both Parties, the Agent of El Salvador informed the Court of the final position of his Government by a letter received in the Registry on 30 October 1989 from which it appears that El Salvador has no objection to the choice of Mr. Torres Bernárdez;

Whereas no objection to that choice appears to the Court itself,

THE COURT,

Unanimously,

Declares that the Chamber formed to deal with this case is composed as follows: Judge Sette-Camara, President of the Chamber; Judges Oda and Sir Robert Jennings; Judges *ad hoc* Valticos and Torres Bernárdez.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this thirteenth day of December, one thousand nine hundred and eighty-nine, in three copies, one of which will be

Vu les notifications des Parties concernant la désignation par elles de juges *ad hoc*, à savoir de M. Nicolas Valticos le 7 mars 1987 par El Salvador et de M. Michel Virally le 8 avril 1987 par le Honduras,

Vu l'ordonnance rendue par la Cour le 8 mai 1987 par laquelle elle a décidé d'accéder à la demande des Gouvernements d'El Salvador et du Honduras tendant à ce que soit constituée une chambre spéciale de cinq juges pour connaître de l'affaire et a de plus déclaré que, le 4 mai 1987, M. Oda, M. Sette-Camara et sir Robert Jennings, juges, avaient été élus pour former, avec les juges *ad hoc* désignés par les Parties, la chambre qui serait saisie de l'affaire et qu'en conséquence ladite chambre était dûment constituée en vertu de l'ordonnance, dans la composition suivante: MM. Oda, Sette-Camara et sir Robert Jennings, juges, et MM. Valticos et Virally, juges *ad hoc*, et

Considérant que M. Virally, juge *ad hoc*, est décédé le 27 janvier 1989;

Considérant que, par lettre du 9 février 1989, l'agent du Honduras a informé la Cour que son gouvernement avait décidé de désigner M. Santiago Torres Bernárdez pour siéger comme juge *ad hoc* en remplacement de M. Virally;

Considérant qu'en application du paragraphe 3 de l'article 35 du Règlement de la Cour copie de la lettre du 9 février 1989 de l'agent du Honduras a été communiquée le 13 février 1989 par le Greffier à l'agent d'El Salvador, qui a été prié de présenter les observations que le Gouvernement d'El Salvador pourrait vouloir faire;

Considérant qu'après transmission à la Cour par les deux Parties d'un certain nombre de communications l'agent d'El Salvador a informé la Cour de la position définitive de son gouvernement, par lettre reçue au Greffe le 30 octobre 1989 d'où il ressort qu'El Salvador ne fait pas objection à la désignation de M. Torres Bernárdez;

Considérant que la Cour elle-même ne voit pas d'objection à cette désignation,

LA COUR,

à l'unanimité,

Déclare que la Chambre constituée pour connaître de la présente affaire est composée comme suit: M. Sette-Camara, président de la Chambre; M. Oda et sir Robert Jennings, juges; MM. Valticos et Torres Bernárdez, juges *ad hoc*.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au palais de la Paix, à La Haye, le treize décembre mil neuf cent quatre-vingt-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les

placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of El Salvador and the Government of Honduras, respectively.

(Signed) José María RUDA,
President.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

Judge SHAHABUDDEEN appends a separate opinion to the Order of the Court.

(Initialled) J.M.R.
(Initialled) E.V.O.

---

autres seront transmis respectivement au Gouvernement d'El Salvador et au Gouvernement du Honduras.

Le Président,
(Signé) José María RUDA.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

M. SHAHABUDDEEN, juge, joint à l'ordonnance l'exposé de son opinion individuelle.

(Paraphé) J.M.R.
(Paraphé) E.V.O.

SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

Today's Order, which is related to a small category of Orders of recent vintage, involves legal issues the importance of which is not lessened by reason of their not being readily apparent on the face of the document. One such issue concerns the precise legal character of the Order. It seems to me that there could be a serious question as to what it is in law that the Court is doing in making the Order. On one possible interpretation I could not support the Order, on another I could. I feel obliged, therefore, to explain the basis on which I do support it, lest my support be understood as implying acquiescence in an interpretation which I cannot accept.

As indicated in the Order, there is no objection by El Salvador to the choice by Honduras of a replacement *ad hoc* judge. It being the case that the Court itself has no objection, and there being no doubt on the matter, it follows that no decision is called for under Article 35, paragraph 4, of the Rules of Court. So far as any objection or doubt is concerned, therefore, the question whether a formal Order is required does not arise.

The remaining questions which fall for consideration are (i) whether an Order is otherwise required, and, if so, (ii) whether it is required for the purpose of legally constituting another person as a replacement *ad hoc* judge, or (iii) whether it is required for the purpose of simply recording such replacement. Ordinarily, I would answer the first question in the negative and thus not reach the second and the third. In the circumstances of this case, however, I would answer the first in the affirmative, the second in the negative and the third in the affirmative. My reasons follow.

As to the first question, since the Order of Court of 8 May 1987 (*I.C.J. Reports 1987*, p. 12) did formally mention the names of the two *ad hoc* judges who were to be members of the *ad hoc* Chamber thereby formed, it would seem to follow as a logical extension of the drafting of that Order that the death of one of them and his replacement by another person should be reflected in an appropriate amendment of that Order by a new Order. That, in brief, is the ground on which I agree with the making of the new Order.

The second and third questions involve an inquiry into the precise juridical character of the new Order. The present state of the law being seldom, if ever, ascertainable without recourse to the past, it appears to me that the inquiry referred to cannot be intelligently pursued in isolation from previous legal developments. The matter is in particular

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

L'ordonnance rendue aujourd'hui, qui est du même type que quelques ordonnances rendues récemment, soulève des questions de droit qui sont importantes quand bien même elles ne ressortent pas d'emblée du libellé du document. L'une d'elles concerne le caractère juridique précis de l'ordonnance. J'ai le sentiment qu'on pourrait sérieusement se demander ce que la Cour a fait, en droit, en rendant cette ordonnance. Selon l'interprétation qu'on en donne, je peux ou ne peux pas approuver l'ordonnance. Je me vois donc obligé d'expliquer sur quoi je me fonde pour l'approuver, de crainte que mon approbation ne soit prise comme un acquiescement à une interprétation que je ne peux accepter.

Comme il est dit dans l'ordonnance, El Salvador ne fait pas objection à la désignation par le Honduras d'un certain juge *ad hoc* de remplacement. Etant donné que la Cour elle-même ne conteste pas cette désignation et qu'il n'y a pas de doute en la matière, aucune décision n'est requise en vertu de l'article 35, paragraphe 4, du Règlement de la Cour. En conséquence, ce n'est pas en raison d'une éventuelle contestation ou d'un éventuel doute que se pose la question de savoir si la Cour doit rendre formellement une ordonnance.

Il faut dès lors se demander: i) si une ordonnance est par ailleurs requise et, dans l'affirmative, ii) si elle est requise pour qu'une personne devienne juridiquement juge *ad hoc* de remplacement ou iii) si elle est simplement requise à titre d'enregistrement du remplacement. Normalement, je répondrais par la négative à la première question, ce qui me dispenserait d'aborder la deuxième et la troisième. En l'espèce, cependant, je répondrai affirmativement à la première question, négativement à la deuxième et affirmativement à la troisième, et cela pour les raisons suivantes.

S'agissant de la première question, je relève que l'ordonnance de la Cour du 8 mai 1987 (*C.I.J. Recueil 1987*, p. 12) mentionne expressément les noms des deux juges *ad hoc* désignés pour faire partie de la Chambre spéciale constituée par cette ordonnance; il semble découler logiquement du libellé de ce texte que le décès de l'un d'eux et son remplacement par une autre personne doivent être consignés dans une nouvelle ordonnance modifiant dûment la précédente. C'est là, brièvement exposé, le motif pour lequel j'approuve la décision de rendre une nouvelle ordonnance.

La deuxième et la troisième question obligent à rechercher le caractère juridique précis de la nouvelle ordonnance. L'état actuel du droit étant rarement, pour ne pas dire jamais, vérifiable sans recours au passé, il me semble que l'on ne peut mener sensément cette recherche sans tenir compte de l'évolution antérieure du droit. Le problème est d'autant plus

complicated by the circumstance that it has not been customary to make a formal Order relating specifically to the appointment of *ad hoc* judges (as distinguished from entitlement to appoint), the fact of their appointment being generally simply recited as part of the procedural history of the case in the introductory parts of the next Order or decision of the Court in the case. Two exceptions relate respectively to the case concerning the *Frontier Dispute (Burkina Faso/Republic of Mali)* (*I.C.J. Reports 1985*, p. 7) and the present case (*I.C.J. Reports 1987*, p. 12). The Orders of Court in these two cases show the election of three named Members of the Court and the addition of two named *ad hoc* judges (who, indeed, had been chosen before the election of the other judges), making a Chamber of five. That was not the course taken in the first *ad hoc* Chamber case, namely, the case concerning *Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada/United States of America)* (*I.C.J. Reports 1982*, pp. 8-9). In that case the Order of Court constituted a Chamber comprising five named Members of the Court elected by it (including a Member of United States nationality), and went on to note the fact

> "that the Acting President, in the exercise of his powers under Article 31, paragraph 4, of the Statute of the Court, has requested Judge Ruda [one of the five elected judges] to give place in due course to the judge *ad hoc* to be chosen by the Government of Canada, and that Judge Ruda has indicated his readiness to do so".

The choice later made by Canada was not made the subject of a specific Order of Court; it was merely narrated as a fact in the recitals of the subsequent Order by which time-limits were fixed for pleadings (*I.C.J. Reports 1982*, p. 16).

A movement in favour of mentioning the names of *ad hoc* judges in the Order of Court setting up an *ad hoc* Chamber seems to have occurred in association with a movement away from the procedure observed in the *Gulf of Maine* case whereby a Member of the Court, having been elected to the Chamber, would stand down at the request of the President in favour of an *ad hoc* judge to be later named by the State concerned. This standing-down procedure was required in the case of all *ad hoc* judges in all chambers. It is still required by Article 31, paragraph 4, of the Statute in relation to all chambers and by Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court (amended specifically in 1978 to provide for this) in relation to *ad hoc* chambers in particular. The subsequent movement away from that procedure, as it was applied in the *Gulf of Maine* case, seemed inextricably linked with, and to have followed as the practical consequence of, the working of another part of Article 17, paragraph 2, of the Rules of Court (first introduced as Article 26, paragraph 1, of the 1972 Rules) which in substance sought to confer on the parties a right to have their views taken

compliqué qu'il n'est pas courant que la Cour rende une ordonnance formelle visant spécifiquement la désignation de juges *ad hoc* (à distinguer de la faculté d'en désigner); le fait qu'ils ont été désignés est en général simplement relaté dans le cadre du rappel chronologique de la procédure qui fait l'objet des paragraphes liminaires de l'ordonnance ou de la décision que la Cour a par la suite l'occasion de rendre en l'espèce. On relève deux exceptions, qui se rapportent respectivement à l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* (*C.I.J. Recueil 1985*, p. 7) et à la présente affaire (*C.I.J. Recueil 1987*, p. 12). Dans ces deux affaires, l'ordonnance de la Cour rend compte de l'élection de trois membres de la Cour nommément désignés, auxquels s'ajoutent deux juges *ad hoc* nommément désignés (qui avaient d'ailleurs été choisis avant l'élection des autres juges), et qui forment ensemble une chambre de cinq juges. Il avait été procédé différemment dans la première affaire ayant donné lieu à la constitution d'une chambre spéciale, celle de la *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine (Canada/Etats-Unis d'Amérique)* (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 8-9). Dans cette affaire, l'ordonnance de la Cour avait constitué une chambre composée de cinq membres de la Cour nommément désignés, élus par elle (y compris un membre de nationalité américaine), et avait ensuite pris acte de ce que

> « dans l'exercice des pouvoirs qu'il tient de l'article 31, paragraphe 4, du Statut, le Président en exercice a prié M. Ruda [un des cinq juges élus] de céder sa place, le moment venu, au juge *ad hoc* désigné par le Gouvernement du Canada, et que M. Ruda s'est déclaré prêt à le faire ».

La désignation à laquelle le Canada procéda ultérieurement ne donna pas lieu à une ordonnance spécifique de la Cour; elle fut simplement relatée comme un fait dans les considérants de l'ordonnance suivante, par laquelle la Cour fixa les délais pour le dépôt des pièces écrites (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 16).

Il semble qu'une tendance à mentionner les noms des juges *ad hoc* dans l'ordonnance par laquelle la Cour constitue une chambre spéciale se soit manifestée en même temps qu'une tendance à abandonner la procédure suivie dans l'affaire du *Golfe du Maine*, selon laquelle un membre de la Cour, après avoir été élu à la Chambre, cède sa place, à la demande du Président, à un juge *ad hoc* désigné ultérieurement par l'Etat intéressé. Cette procédure de désistement s'imposait dans le cas de tous les juges *ad hoc*, pour toutes les chambres. Elle est encore prescrite par le paragraphe 4 de l'article 31 du Statut pour toutes les chambres et par le paragraphe 2 de l'article 17 du Règlement de la Cour (modifié expressément en 1978 à cet effet) pour les chambres spéciales en particulier. La tendance qui s'est ensuite manifestée à s'écarter de cette procédure, telle qu'elle avait été appliquée dans l'affaire du *Golfe du Maine*, semble avoir été inextricablement liée à l'application d'une autre disposition du paragraphe 2 de l'article 17 du Règlement de la Cour (d'abord introduite en tant que paragraphe 1 de l'article 26 du Règlement de 1972) et en avoir été la consé-

into account by the Court as to the particular Members of the Court who should be elected by the Court to an *ad hoc* chamber. The object seems to have been "to accord to the parties a decisive influence in the composition of *ad hoc* Chambers" (Eduardo Jiménez de Aréchaga, "The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice", *American Journal of International Law*, Vol. 67, 1973, p. 2).

Without examining the legal implications of these developments, but against the background which they represent, I come now to the juridical character of the Order made today: is it constitutive of an appointment made by the Court of a new *ad hoc* judge? Or is it merely a formal judicial record of an appointment of a new *ad hoc* judge made by the State concerned? In short, who appoints an *ad hoc* judge? Is it the Court? Or is it the State concerned?

It is, I believe, common to speak of an *ad hoc* judge being appointed by the State concerned. On the other hand, the case can be made that the admission by the Court of an *ad hoc* judge to the Bench constitutes the exercise of a power of appointment by the Court granted to it by Article 31, paragraphs 2 to 6, of the Statute (see Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, Vol. IV, p. 374). This view commands respect, and so I proceed to consider some of the matters which might be opposed to the more common usage.

Article 7 of the Rules of Court relating to the admission of *ad hoc* judges to sit on the Bench of the Court would seem to contemplate the procedure visualized by Article 20 of the Statute reading:

> "Every Member of the Court shall, before taking up his duties, make a solemn declaration in open court that he will exercise his powers impartially and conscientiously."

The requirement to make this declaration is imposed on *ad hoc* judges by Article 31, paragraph 6, of the Statute. It seems reasonably clear, however, that the requirement is directed not to appointment but only to assumption of duties. The text of Article 20 of the Statute implies that the person concerned is a judge even before he makes the declaration. The admission procedure seems, therefore, to leave open the question by whom and as from when is a person appointed an *ad hoc* judge.

Article 35, paragraph 5, of the Rules of Court states, "A judge *ad hoc* who has accepted appointment but who becomes unable to sit may be replaced"; but there seems to be no necessary implication that the "appointment" referred to is one made by the Court. In the *Namibia* case (*I.C.J. Reports 1971*, p. 19, para. 10) and the *Western Sahara* case (*I.C.J. Reports 1975*, p. 15, para. 8), in both of which the Court used the word "appointment" with reference to *ad hoc* judges, it would appear that the question which the Court was seeking to determine was not whether it should appoint *ad hoc* judges (which would have assumed that it had the power to do so), but whether the required conditions were satisfied so as to entitle the States concerned to do so. This, I think,

quence pratique. En substance, cette disposition visait à conférer aux parties le droit de faire valoir leurs vues au sujet de l'élection par la Cour de tel ou tel de ses membres pour siéger dans une chambre spéciale. L'objectif paraît avoir été « d'accorder aux parties une influence décisive sur la composition des chambres spéciales » (Eduardo Jiménez de Aréchaga, « The Amendments to the Rules of Procedure of the International Court of Justice », *American Journal of International Law*, vol. 67, 1973, p. 2).

Sans examiner les conséquences juridiques de cette évolution, mais tout en tenant compte de celle-ci, j'aborde maintenant le caractère juridique de l'ordonnance rendue aujourd'hui : est-elle constitutive de la désignation d'un nouveau juge *ad hoc* par la Cour ? Ou s'agit-il simplement de l'enregistrement judiciaire officiel de la désignation par l'Etat intéressé d'un nouveau juge *ad hoc* ? En résumé, qui désigne un juge *ad hoc* ? Est-ce la Cour ou l'Etat intéressé ?

Je crois qu'on dit couramment qu'un juge *ad hoc* est désigné par l'Etat intéressé. En revanche, on peut soutenir que, lorsqu'elle admet un juge *ad hoc* sur le siège, la Cour exerce un pouvoir de désignation qui lui est conféré par les paragraphes 2 à 6 de l'article 31 du Statut (voir Georg Schwarzenberger, *International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. IV, p. 374). Ce point de vue est respectable, et je voudrais par conséquent examiner quelques-unes des considérations qui pourraient être opposées à l'usage plus courant.

L'article 7 du Règlement de la Cour, relatif à l'admission d'un juge *ad hoc* pour siéger à la Cour, semble viser la procédure prévue à l'article 20 du Statut, ainsi libellé :

> « Tout membre de la Cour doit, avant d'entrer en fonction, en séance publique, prendre l'engagement solennel d'exercer ses attributions en pleine impartialité et en toute conscience. »

L'obligation de prendre cet engagement est imposée aux juges *ad hoc* par le paragraphe 6 de l'article 31 du Statut. Il semble assez clair, cependant, qu'elle vise non la désignation mais seulement la prise de fonctions. Il est sous-entendu, dans le texte de l'article 20 du Statut, que l'intéressé est juge avant même d'avoir pris ledit engagement. En conséquence, la procédure d'admission semble laisser sans réponse la question de savoir par qui et à compter de quand une personne est désignée comme juge *ad hoc*.

Aux termes du paragraphe 5 de l'article 35 du Règlement de la Cour : « Un juge *ad hoc* qui a accepté d'être désigné mais n'est plus en mesure de siéger peut être remplacé », ce qui ne semble pas nécessairement impliquer que cette « désignation » est faite pas la Cour. Dans les affaires de la *Namibie* (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 19, par. 10) et du *Sahara occidental* (*C.I.J. Recueil 1975*, p. 15, par. 8), dans lesquelles la Cour a employé les mots « désignation » et « désigner » à propos de juges *ad hoc*, il semble que la question que la Cour cherchait à régler n'était pas de savoir si elle devait désigner des juges *ad hoc* (ce qui aurait supposé qu'elle le pouvait), mais si les conditions nécessaires étaient réunies pour que les Etats concernés puissent en désigner. C'est ainsi, je crois, que sir Gerald Fitzmaurice a

was how Judge Fitzmaurice understood the position in the *Namibia* case, in which he said (dissenting):

> "The Court's rejection of the South African request to be allowed to appoint a judge *ad hoc* in the present case was embodied in the Order of the Court of 29 January 1971. . ." (*I.C.J. Reports 1971*, p. 308, para. 17.)

That understanding, that the appointment is to be made by the State concerned, does not seem inconsistent with the case concerning the *Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta)* (*I.C.J. Reports 1984*, p. 5) where paragraph 3 of the Judgment of the Court reads:

> "Since the Court did not include upon the bench a judge of Libyan or of Maltese nationality, each of the Parties proceeded to exercise the right conferred by Article 31, paragraph 3, of the Statute to choose a judge *ad hoc* to sit in the case. On 27 July 1982 the Libyan Arab Jamahiriya designated Mr. Eduardo Jiménez de Aréchaga, and the Parties were informed on 8 October 1982, pursuant to Article 35, paragraph 3, of the Rules of Court, that there was no objection to this appointment; on 26 April 1983 Malta designated Mr. Jorge Castañeda, and on 30 May 1983 the Parties were informed that there was no objection to this appointment."

Though the matter could be argued both ways, I prefer the view that the notification "that there was no objection to this appointment" could not constitute an act of appointment by the Court itself. On the contrary, it presupposed the existence of an appointment made by some other authority. The language in the quoted passage seemed to be equating a "choosing" by the State concerned with a "designation" by it, and in turn equating a "designation" by the State with an "appointment" by it, all three concepts being used interchangeably.

Earlier usage of relevant terms may also be consulted. Article 27 of the second part of the Root-Phillimore plan read: "If . . . there is no judge upon the Court belonging to one of the litigating States, that State shall . . . appoint a judge" (Permanent Court of International Justice, *Advisory Committee of Jurists, Procès-Verbaux of the Proceedings of the Committee, June 16th-July 24th 1920, with Annexes*, The Hague, 1920, p. 327). Judge Hudson spoke similarly, using the word "chosen" interchangeably with the word "appoint" (Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, New York, 1943, pp. 181, 276, 361-364, and the references therein given). So also did Fachiri (A. P. Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, 2nd ed., 1932, p. 59; and see later Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, Vol. I, pp. 205-210). Absolute consistency of usage cannot be predicated. Thus, the records of the Washington Committee of Jurists 1945 state that "Judge Hudson noted that under paragraph 2 of Article 26 [of the Statute] the

interprété la situation dans l'affaire de la *Namibie*; il a déclaré dans son opinion dissidente:

> « La requête par laquelle l'Afrique du Sud demandait à être autorisée à désigner un juge *ad hoc* dans la présente affaire a été rejetée par la Cour, par l'ordonnance du 29 janvier 1971... » (*C.I.J. Recueil 1971*, p. 308, par. 17.)

Cette interprétation, selon laquelle la désignation est faite par l'Etat intéressé, ne semble pas incompatible avec l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire du *Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte)* (*C.I.J. Recueil 1984*, p. 5), dont le paragraphe 3 est ainsi libellé:

> « La Cour ne comptant sur le siège aucun juge de nationalité libyenne ou maltaise, chacune des Parties s'est prévalue du droit que lui confère l'article 31, paragraphe 3, du Statut de procéder à la désignation [« to choose »] d'un juge *ad hoc* pour siéger en l'affaire. Le 27 juillet 1982 la Jamahiriya arabe libyenne a désigné [« designated »] M. Eduardo Jiménez de Aréchaga, et le 8 octobre 1982 les Parties ont été informées, conformément à l'article 35, paragraphe 3, du Règlement, que cette désignation [« appointment »] ne soulevait pas d'objection; le 26 avril 1983 Malte a désigné [« designated »] M. Jorge Castañeda, et le 30 mai 1983 les Parties ont été informées que cette désignation [« appointment »] ne soulevait pas d'objection. »

Bien qu'il y ait deux thèses possibles, je préfère celle selon laquelle la notification que « cette désignation [« appointment »] ne soulevait pas d'objection » ne pouvait constituer un acte de désignation par la Cour elle-même, mais présupposait au contraire l'existence d'une désignation faite par une autre autorité. Dans le texte anglais du passage cité, les termes « choosing », « designation » et « appointment » sont apparemment interchangeables et visent tous une désignation par l'Etat intéressé.

On peut considérer aussi la manière dont les termes en question ont été utilisés dans le passé. Dans la deuxième partie du projet Root-Phillimore, l'article 27 portait que: « Si ... la Cour ne renferme pas de juge de la nationalité d'un des Etats parties en litige, cet Etat nommera ... un juge » (Cour permanente de Justice internationale, *Comité consultatif de juristes, procès-verbaux des séances du comité, 16 juin-24 juillet 1920, avec annexes*, La Haye, 1920, p. 327). M. Hudson s'est exprimé de façon analogue; il a utilisé indifféremment les mots « chosen » et « appoint » (Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, New York, 1943, p. 181, 276, 361-364, et les références qui y sont données). M. Fachiri a fait de même (A. P. Fachiri, *The Permanent Court of International Justice*, 2e éd., 1932, p. 59; voir aussi l'ouvrage plus récent de Shabtai Rosenne, *The Law and Practice of the International Court*, 1965, vol. 1, p. 205-210). On ne peut s'attendre à une cohérence absolue dans l'emploi de ces termes. Ainsi lit-on dans le compte rendu d'une

Court could not appoint *ad hoc* judges", language which might be thought to suggest that, in cases in which an *ad hoc* judge could be appointed, it is the Court which makes the appointment (*Documents of the United Nations Conference on International Organization*, San Francisco, 1945, Vol. XIV, p. 224). Generally speaking, however, almost all of the references in the relevant correspondence and discussions were to *ad hoc* judges being appointed by the parties (see, for example, *P.C.I.J., Series D, No. 2*, pp. 177, 215; *P.C.I.J., Series D, Third Addendum to No. 2*, pp. 26, 31-33, 306, 386-394, 422, 478-491; the *Losinger* case, *P.C.I.J., Series C, No. 78*, pp. 392-393; League of Nations, *Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice, Minutes*, Geneva, 1929, p. 53, *per* M. Fromageot; and the "Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice", *American Journal of International Law, Supplement*, Vol. 39, 1945, p. 12, para. 41). The Permanent Court of International Justice itself spoke in terms of *ad hoc* judges being appointed by the parties. Thus, in the case of the *Customs Régime between Germany and Austria* (*P.C.I.J., Series A/B, No. 41*, p. 90), the Court formally decided that there was "no ground in the present case for the appointment of judges *ad hoc* either by Austria or Czechoslovakia" (see also *P.C.I.J., Series C, No. 53*, p. 189). Similar language was used by the Court in the case of the *Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City* (*P.C.I.J., Series A/B, No. 65*, pp. 70-71. And see *P.C.I.J., Series E, No. 4*, p. 296).

In the course of the 1922 discussions of the Permanent Court held to prepare its first set of Rules, President Loder said "that a text would be drafted, making it clear that", if a judge nominated under Article 31 of the Statute were affected by the provisions of Article 17,

> "by virtue of the last paragraph of Article 31 of the Statute, the nomination of [such] a judge could, in such circumstances, be declared null and void by the Court; in this case the right of the parties to nominate a judge of their nationality would lapse" (*P.C.I.J., Series D, No. 2*, p. 119).

I incline towards Judge Hudson's opinion that the last sentence was not a necessary consequence of what went before (Hudson, *op. cit.*, p. 364. Cf. Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 212). As to what went before, it is noteworthy that the suggested text, if it was drafted, was never promulgated. The explanation is not clear, but I should not be surprised if it was connected with possible argument that Article 17, paragraph 2, of the Statute takes the form of a prohibition directed to an existing Member of the Court against participating in the decision of a case in certain circumstances, with the result that, strictly speaking, a decision of the Court under Article 17, paragraph 3, of the Statute is confined to the effect of that prohibition on

séance du comité de juristes des Nations Unies tenue à Washington en 1945 que « M. Hudson relève que dans le cas du paragraphe 2 de l'article 26 [du Statut] la Cour ne peut pas désigner de juges *ad hoc*». Cette déclaration pourrait donner à penser que, quand un juge *ad hoc* peut être désigné, c'est la Cour qui procède à cette désignation (*Documents de la conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, San Francisco, 1945, vol. XIV, p. 224). D'une façon générale, presque chaque fois qu'on s'est référé à la question dans la correspondance et dans les débats, c'était pour dire que les juges *ad hoc* sont désignés par les parties (voir par exemple *C.P.J.I. série D n° 2*, p. 177, 215; *C.P.J.I. série D, Troisième addendum au n° 2*, p. 26, 31-33, 306, 386-394, 422, 478-491; affaire *Losinger*, *C.P.J.I. série C n° 78*, p. 392-393; Société des Nations, *Comité de juristes chargé de l'étude du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, procès-verbal*, Genève, 1929, p. 53, intervention de M. Fromageot; et « Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice », *American Journal of International Law, Supplement*, vol. 39, 1945, p. 12, par. 41). La Cour permanente de Justice internationale elle-même a parlé des juges *ad hoc* comme étant désignés par les parties. Ainsi, dans l'affaire du *Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche* (*C.P.J.I. série A/B n° 41*, p. 90), la Cour a officiellement décidé qu'il n'y avait « pas lieu, dans la présente affaire, à la désignation de juges *ad hoc* soit par l'Autriche, soit par la Tchécoslovaquie » (voir aussi *C.P.J.I. série C n° 53*, p. 189). La Cour permanente a usé de termes analogues dans l'affaire de la *Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre* (*C.P.J.I. série A/B n° 65*, p. 70-71. Voir aussi *C.P.J.I. série E n° 4*, p. 296).

Au cours des débats que la Cour permanente a consacrés en 1922 à l'élaboration de son premier Règlement, le Président Loder a déclaré « qu'un texte sera[it] préparé pour exprimer » que si un juge désigné aux termes de l'article 31 du Statut tombe sous le coup des dispositions de l'article 17,

> « en vertu du dernier alinéa de l'article 31 du Statut, la désignation [d'un tel juge] peut, dans les circonstances indiquées, être déclarée nulle par la Cour, auquel cas le droit pour les parties de nommer un juge national sera périmé » (*C.P.J.I. série D n° 2*, p. 119).

J'incline à penser, comme M. Hudson, que le dernier membre de phrase n'était pas une conséquence nécessaire de ce qui le précédait (Hudson, *op. cit.*, p. 364; cf. Geneviève Guyomar, *Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice*, 1983, p. 212). Quant à ce qui précédait, il y a lieu de relever que le texte suggéré, s'il a été rédigé, n'a jamais été promulgué. L'explication n'est pas claire, mais je ne serais pas surpris qu'elle soit liée à un argument que l'on pourrait éventuellement faire valoir, à savoir, que le paragraphe 2 de l'article 17 du Statut est formulé comme une disposition visant à interdire à un membre en fonctions de la Cour de participer au règlement d'une affaire dans certaines conditions, ce qui a pour résultat, à proprement parler, qu'une décision de la Cour prise en confor-

participation and does not encompass questions as to the validity of membership itself. Be that as it may, it would not appear that the power to declare a nomination null and void implies that it is the Court which is vested with the power of appointment. Judge Fromageot put the matter this way in 1932:

> "The right of a party to appoint a judge *ad hoc* was not subject to the Court's authorization; but the Court could consider whether in a particular case the conditions to which the exercise of that right was subject were fulfilled; if they were not, the Court could deliver an order declaring the appointment inadmissible, but not without hearing arguments on the point." (*P.C.I.J., Series D, Third Addendum to No. 2*, p. 18, footnote.)

Thus, the Order of the Court declaring the appointment inadmissible does not diminish the fact that the appointment is nevertheless made by the party concerned and is not subject to the Court's authorization. Paragraphs 4 and 5 of Article 35 of the Rules of Court are to be read harmoniously with this overriding position under the Statute.

The matter is complicated by a textual change made in 1945. Article 31 of the 1920 Statute, as amended with effect from 1 February 1936, appeared, in the English text, to be using the words "chosen", "selected" and "appointed" interchangeably in relation to national judges. In particular, persons "chosen" to sit as judges under Article 31, paragraph 2, of the Statute were clearly equated with "judges specially appointed by the parties", as so referred to in paragraph 4 of the Article. Since the word "appointed" was replaced by the word "chosen" in 1945, this might be thought to indicate a change of substance supportive of the opposite view. And the strength of that argument is recognized. But the structure of the machinery remained the same and no change on this aspect was made in the French text, which had used the word "designes" where the English text had used the word "appointed". This being so, if *ad hoc* judges were regarded as "appointed by the parties" and not by the Permanent Court, it is difficult to see how the mere change of wording in the English text in 1945 could imply that *ad hoc* judges were now to be appointed by the present Court. Possibly the change in the English text was attributable to considerations of style, as indeed was suggested by Judge Hudson (Manley O. Hudson, "The Twenty-Fourth Year of the World Court", *American Journal of International Law*, Vol. 40, 1946, p. 29). The official records of the sixth meeting of the Advisory Committee of Jurists of the San Francisco Conference, where the change was made, offer no explanation (*Documents of the United Nations Conference on International Organization*, San Francisco, 1945, Vol. XVII, p. 413).

It may be added — though here I tread with particular diffidence —

mité du paragraphe 3 de l'article 17 du Statut est limitée à l'effet de cette interdiction de participation et n'englobe pas des questions telles que la validité de la qualité de membre elle-même. Quoi qu'il en soit, il ne semble pas que le pouvoir de déclarer une désignation nulle implique que ce soit la Cour qui est investie du pouvoir de désignation. En 1932, M. Fromageot a exposé le problème en ces termes :

> « Le droit pour une partie de désigner un juge *ad hoc* ne dépend pas d'une autorisation de la Cour ; mais la Cour doit pouvoir examiner si les conditions posées à l'exercice de ce droit sont remplies ; si elles ne l'étaient pas, la Cour rendrait une ordonnance déclarant non justifiée la désignation d'un juge *ad hoc*, mais non sans avoir entendu au préalable les parties sur ce point. » (*C.P.J.I. série D, Troisième addendum au n° 2*, p. 18, note de bas de page.)

Ainsi, une ordonnance de la Cour déclarant une désignation non justifiée n'ôte rien au fait que cette désignation est néanmoins faite par la partie concernée et ne dépend pas d'une autorisation de la Cour. Il faut lire les paragraphes 4 et 5 de l'article 35 du Règlement de la Cour dans l'optique de la position prépondérante ainsi adoptée par le Statut.

La question se trouve compliquée par une modification apportée au texte en 1945. L'article 31 du Statut de 1920, tel que modifié avec effet au 1er février 1936, semble avoir utilisé indifféremment dans le texte anglais les mots « chosen », « selected » et « appointed » à propos des juges nationaux. En particulier, les personnes « chosen » pour siéger en qualité de juges en vertu du deuxième alinéa de l'article 31 du Statut étaient à l'évidence assimilées aux « judges specially appointed by the parties » tels que visés au quatrième alinéa du même article. Le mot « appointed » ayant été remplacé en 1945 par le mot « chosen », on pourrait considérer qu'il y a là l'indication d'une modification de fond étayant la thèse inverse. Et je reconnais la force de cet argument. Mais la structure du mécanisme est demeurée la même et aucune modification sur ce point n'a été apportée au texte français, qui employait le mot « désignés » là où le texte anglais avait employé le mot « appointed ». Dans ces conditions, si les juges *ad hoc* étaient regardés comme « appointed by the parties » (« désignés par les parties ») et non par la Cour permanente, on voit difficilement comment cette seule modification du libellé du texte anglais en 1945 pourrait impliquer que les juges *ad hoc* devaient désormais être désignés par la Cour. La modification du texte anglais est peut-être attribuable à des considérations de style, comme l'a d'ailleurs suggéré M. Hudson (Manley O. Hudson, « The Twenty-Fourth Year of the World Court », *American Journal of International Law*, vol. 40, 1946, p. 29). Les comptes rendus officiels de la sixième séance du comité consultatif de juristes de la conférence de San Francisco, au cours de laquelle la modification a été apportée, n'offrent aucune explication (*Documents de la conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale*, San Francisco, 1945, t. XIX, p. 407).

On pourrait relever — si j'ose m'aventurer sur ce terrain — que les mots

that the relevant words in the French text (which did not materially change on these aspects) were "désigner", "désignation" and "désignés". The word "désignation" has been defined to mean *inter alia*, "Indication d'une personne déterminée pour occuper un poste ou remplir une mission ..." (*Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de Gérard Cornu, Presses universitaires de France, 1987, p. 260). The key expression in Article 31, paragraph 2, in the French text of the existing Statute reads, "toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge". The word "désigner", read with the word "choix", may mean something more than a simple choice; it would seem to connote the full juridical act denoted by the English word "appoint". On the other hand, while the word "appoint" may not always mean "choose", it can and sometimes does (see *Corpus Juris Secundum*, Vol. 6, pp. 100-101, and *State of New Jersey* v. *Provenzano* (1961) 169 A 2d 135, 34 N.J. 318). It seems to follow that the English word "choose" and the French word "désigner" were both intended, in the particular context in which they were used, as the juridical equivalent of the English word "appoint".

Against this background, Article 31 of the Statute may now be looked at a little further. Article 31, paragraph 2, says "any other party may choose a person to sit as judge". The import of that language is brought out in the reference in Article 31, paragraph 3, to parties proceeding "to choose a judge as provided in paragraph 2 of this Article". Seemingly, the person chosen under paragraph 2 is regarded as a judge once chosen. Article 31, paragraph 4, likewise speaks of "the *judges specially chosen* by the parties" (emphasis added). And Article 31, paragraph 6, states:

> "*Judges chosen* as laid down in paragraphs 2, 3 and 4 of this Article shall fulfil the conditions required by Articles 2, 17 (paragraph 2), 20 and 24 of the present Statute. They shall take part in the decision on terms of complete equality with their colleagues." (Emphasis added.)

The exercise of the power of choice seems directly constitutive of the status of an *ad hoc* judge.

The right to appoint an *ad hoc* judge touches the composition of the Court and consequently is directly governed by the Court's constituent instrument, namely, its Statute. Article 31 is the particular provision of the Statute concerned with the process of constituting a person as an *ad hoc* judge. It does not seem to offer the Court a role at any point in that process, either directly or indirectly through the other provisions referred to in it. The limits of the Court's rule-making power under Article 30 of the Statute (however generously construed) would not enable it, by making Rules of Court, to assume a role in that process not entrusted to it by the Statute. The Statute appears to leave the matter to the State concerned.

employés dans le texte français (qui n'a pas été modifié sensiblement à cet égard) étaient « désigner », « désignation » et « désignés ». Selon la définition qui en est donnée, le mot « désignation » signifie notamment l'« indication d'une personne déterminée pour occuper un poste ou remplir une mission... » (*Vocabulaire juridique*, publié sous la direction de Gérard Cornu, Presses universitaires de France, 1987, p. 260.) Dans la version française du paragraphe 2 de l'article 31 du Statut actuel, les termes essentiels sont les suivants : « toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge ». Le mot « désigner », rapproché du mot « choix », peut impliquer plus qu'un simple choix : il semble viser l'acte juridique complet qu'évoque le mot anglais « appoint ». D'autre part, même si le mot « appoint » (« désigner ») peut ne pas toujours signifier « choose » (« choisir »), il peut avoir et a parfois effectivement ce sens (voir *Corpus Juris Secundum*, vol. 6, p. 100-101, et *State of New Jersey* v. *Provenzano* (1961) 169 A 2d 135, 34 N.J. 318). Il semble donc que le mot anglais « choose » et le mot français « désigner » devaient tous deux constituer, dans le contexte où ils étaient utilisés, l'équivalent juridique du mot anglais « appoint ».

Cela étant dit, on peut maintenant examiner plus en détail l'article 31 du Statut. Aux termes du paragraphe 2 de cet article « toute autre partie peut désigner une personne de son choix pour siéger en qualité de juge ». Ce que ce libellé implique est précisé au paragraphe 3 de l'article 31 du Statut, où il est dit que chacune des parties peut procéder « à la désignation d'un juge de la même manière qu'au paragraphe précédent ». Il semble que la personne désignée conformément au paragraphe 2 est considérée comme un juge dès sa désignation. De même, le paragraphe 4 de l'article 31 parle des « *juges spécialement désignés* par les parties » (les italiques sont de moi). Enfin, le paragraphe 6 de l'article 31 est ainsi rédigé :

> « *Les juges désignés* comme il est dit aux paragraphes 2, 3 et 4 du présent article doivent satisfaire aux prescriptions des articles 2, 17, paragraphe 2, 20 et 24 du présent Statut. Ils participent à la décision dans des conditions de complète égalité avec leurs collègues. » (Les italiques sont de moi.)

L'exercice du pouvoir de désignation semble être directement constitutif du statut de juge *ad hoc*.

Le droit de désigner un juge *ad hoc* a des incidences sur la composition de la Cour ; par conséquent, il est directement régi par l'instrument constitutif de la Cour, à savoir son Statut. L'article 31 du Statut est la disposition qui traite du processus par lequel une personne est constituée juge *ad hoc*. Cette disposition ne semble attribuer aucun rôle à la Cour, à un quelconque moment de ce processus, que ce soit directement ou indirectement par le jeu des autres dispositions qui y sont mentionnées. Même interprétées de façon très libérale, les limites du pouvoir réglementaire que l'article 30 du Statut donne à la Cour ne lui permettraient pas, par le biais de l'élaboration des dispositions de son Règlement, de s'attribuer dans ce

This would accord with the fact that the institution of *ad hoc* judges as part of the composition of the Bench of the Court was effectively a limited carry-over from arbitral experience.

In sum, it is difficult to identify any acts of the Court from which an *ad hoc* judge may be said to derive his authority to act. Though recognizing the force of arguments to the opposite effect, on balance I prefer the view that the appointment of such a judge is constituted by the act of the State concerned in choosing him, the role of the Court being limited to the negative one of determining whether any ground (whether or not going to the validity of his appointment) exists for debarring him from sitting in the case. If this is correct, it leads to the view that the Order made today is not constitutive of an appointment made by the Court but is merely a formal judicial record of an appointment made by the State concerned. I would like in turn to record that it is on the basis of this understanding that I support the Order.

(Signed) Mohamed SHAHABUDDEEN.

processus un rôle qui ne lui est pas confié par le Statut. Le Statut paraît s'en remettre à l'Etat concerné. Cette interprétation s'accorde avec le fait que la notion de juges *ad hoc* faisant partie du siège de la Cour est en réalité reprise partiellement de la pratique arbitrale.

En résumé, on voit mal quels sont les actes de la Cour dont on pourrait dire qu'un juge *ad hoc* tire son autorité pour agir. Sans méconnaître la force des arguments en sens contraire, j'ai une préférence, tout bien considéré, pour l'opinion selon laquelle la désignation d'un juge *ad hoc* est constituée par l'acte que l'Etat concerné accomplit en le choisissant, le rôle de la Cour se limitant à une fonction négative qui consiste à déterminer s'il existe un motif quelconque (ayant ou non trait à la validité de sa nomination) pour l'empêcher de siéger en l'espèce. Si cette interprétation est exacte, elle conduit à dire que l'ordonnance rendue aujourd'hui ne constitue pas une désignation faite par la Cour, mais qu'elle est seulement un acte formel par lequel la Cour enregistre une désignation faite par l'Etat concerné. Je tiens donc à marquer que c'est en me fondant sur cette interprétation que j'appuie l'ordonnance.

(Signé) Mohamed SHAHABUDDEEN.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

CASE CONCERNING BORDER AND TRANSBORDER ARMED ACTIONS

(NICARAGUA *v.* HONDURAS)

ORDER OF 14 DECEMBER 1989

1989

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

AFFAIRE RELATIVE À DES ACTIONS ARMÉES FRONTALIÈRES ET TRANSFRONTALIÈRES

(NICARAGUA c. HONDURAS)

ORDONNANCE DU 14 DÉCEMBRE 1989

Official citation :
Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. Honduras), Order of 14 December 1989, I.C.J. Reports 1989, p. 174.

Mode officiel de citation :
Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), ordonnance du 14 décembre 1989, C.I.J. Recueil 1989, p. 174.

Sales number
N° de vente : **572**

14 DECEMBER 1989

ORDER

BORDER AND TRANSBORDER ARMED ACTIONS
(NICARAGUA *v.* HONDURAS)

ACTIONS ARMÉES FRONTALIÈRES ET TRANSFRONTALIÈRES
(NICARAGUA c. HONDURAS)

14 DÉCEMBRE 1989

ORDONNANCE

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

1989
14 December
General List
No. 74

YEAR 1989

14 December 1989

CASE CONCERNING BORDER AND TRANSBORDER ARMED ACTIONS

(NICARAGUA *v.* HONDURAS)

ORDER

Present: President RUDA; *Judges* ODA, AGO, SCHWEBEL, Sir Robert JENNINGS, BEDJAOUI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK; *Registrar* VALENCIA-OSPINA.

The International Court of Justice,

Composed as above,

After deliberation,

Makes the following Order:

Having regard to Article 48 of the Statute of the Court and to Article 44 of the Rules of Court,

Having regard to the Order of 21 April 1989 by which time-limits for the written proceedings on the merits were fixed as follows: 19 September 1989 for the Memorial of Nicaragua and 19 February 1990 for the Counter-Memorial of Honduras,

Having regard to the Order of 31 August 1989 by which the President of the Court, at the request of Nicaragua, extended to 8 December 1989 the time-limit for the Memorial of Nicaragua on the merits; and

Whereas the Memorial of Nicaragua was duly filed within the time-limit as so extended;

Whereas when the Order of 31 August 1989 was adopted the question of extension of the time-limit for the filing of the Counter-Memorial of Honduras was reserved;

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

ANNÉE 1989

1989
14 décembre
Rôle général
n° 74

14 décembre 1989

AFFAIRE RELATIVE À DES ACTIONS ARMÉES FRONTALIÈRES ET TRANSFRONTALIÈRES

(NICARAGUA c. HONDURAS)

ORDONNANCE

Présents : M. RUDA, *Président*; MM. ODA, AGO, SCHWEBEL, sir Robert JENNINGS, MM. BEDJAOUI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK, *juges*; M. VALENCIA-OSPINA, *Greffier.*

La Cour internationale de Justice,

Ainsi composée,

Après délibéré en chambre du conseil,

Rend l'ordonnance suivante :

Vu l'article 48 du Statut de la Cour et l'article 44 de son Règlement,

Vu l'ordonnance du 21 avril 1989 par laquelle les dates d'expiration des délais pour le dépôt des pièces de procédure écrite sur le fond ont été fixées, pour le mémoire du Nicaragua, au 19 septembre 1989, et, pour le contre-mémoire du Honduras, au 19 février 1990,

Vu l'ordonnance du 31 août 1989 par laquelle le Président de la Cour, à la demande du Nicaragua, a reporté au 8 décembre 1989 la date d'expiration du délai pour le dépôt du mémoire du Nicaragua sur le fond, et

Considérant que le mémoire du Nicaragua a été dûment déposé dans le délai ainsi prorogé;

Considérant que lors de l'adoption de l'ordonnance du 31 août 1989 la question de la prorogation du délai pour le dépôt du contre-mémoire du Honduras a été réservée;

Whereas by a letter dated 13 December 1989 and received in the Registry the same day, the Agent of Nicaragua transmitted to the Court a copy of an agreement in Spanish reached by the Presidents of the Central American countries on 12 December 1989 in San Isidro de Coronado, Costa Rica, and drew the attention of the Court in particular to paragraph 13 of that agreement;

Whereas by a letter dated 13 December 1989 and received in the Registry on 14 December 1989, the Agent of Honduras similarly informed the Court of the agreement of 12 December 1989 and referred in particular to paragraph 13 thereof;

Whereas that paragraph records the agreement of the President of Nicaragua and the President of Honduras, in the context of arrangements aimed at achieving an extra-judicial settlement of the dispute which is the subject of the present proceedings, to instruct their Agents in the case to communicate immediately, either jointly or separately, the agreement to the Court, and to request the postponement of the date for the fixing of the time-limit for the presentation of the Counter-Memorial of Honduras until 11 June 1990;

Whereas that paragraph further provides that if no extra-judicial settlement of the dispute has been reached by that date, either Party may request that Honduras be granted six months for the filing of its Counter-Memorial;

Taking into account the agreement of the Parties, in accordance with Article 44, paragraph 2, of the Rules of Court,

THE COURT,

Unanimously,

Decides that the time-limit for the filing by the Republic of Honduras of a Counter-Memorial on the merits is extended from 19 February 1990 to a date to be fixed by an order to be made after 11 June 1990.

Done in English and in French, the English text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this fourteenth day of December, one thousand nine hundred and eighty-nine, in three copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the others transmitted to the Government of the Republic of Nicaragua and the Government of the Republic of Honduras, respectively.

(*Signed*) José Maria RUDA,
President.

(*Signed*) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

Considérant que par une lettre en date du 13 décembre 1989, reçue au Greffe le même jour, l'agent du Nicaragua a transmis à la Cour copie d'un accord en espagnol, conclu par les présidents des pays d'Amérique centrale le 12 décembre 1989 à San Isidro de Coronado (Costa Rica), et a appelé l'attention de la Cour, en particulier, sur le paragraphe 13 dudit accord;

Considérant que par une lettre en date du 13 décembre 1989, reçue au Greffe le 14 décembre 1989, l'agent du Honduras a de même informé la Cour de l'accord du 12 décembre 1989 et s'est référé en particulier au paragraphe 13 de cet accord;

Considérant que, dans ce paragraphe, il est rapporté que le président du Nicaragua et le président du Honduras sont convenus, dans le contexte des arrangements visant à parvenir à un règlement extrajudiciaire du différend qui fait l'objet de la présente procédure, de charger leurs agents en l'affaire de communiquer immédiatement, conjointement ou séparément, l'accord à la Cour et de demander à celle-ci qu'elle diffère la date de fixation du délai pour la présentation du contre-mémoire du Honduras jusqu'au 11 juin 1990;

Considérant que ce paragraphe dispose en outre que si aucun règlement extrajudiciaire du différend n'était intervenu à cette date, l'une ou l'autre des Parties demanderait à la Cour d'accorder au Honduras un délai de six mois pour le dépôt de son contre-mémoire;

Tenant compte de l'accord intervenu entre les Parties, conformément au paragraphe 2 de l'article 44 du Règlement de la Cour,

LA COUR,

à l'unanimité,

Décide que la date limite pour le dépôt par la République du Honduras d'un contre-mémoire sur le fond est reportée du 19 février 1990 à une date à fixer par ordonnance qui sera rendue après le 11 juin 1990.

Fait en anglais et en français, le texte anglais faisant foi, au palais de la Paix, à La Haye, le quatorze décembre mil neuf cent quatre-vingt-neuf, en trois exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et les autres seront transmis respectivement au Gouvernement de la République du Nicaragua et au Gouvernement de la République du Honduras.

Le Président,
(Signé) José María RUDA.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

APPLICABILITÉ DE LA SECTION 22 DE L'ARTICLE VI DE LA CONVENTION SUR LES PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS DES NATIONS UNIES

AVIS CONSULTATIF DU 15 DÉCEMBRE 1989

1989

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

APPLICABILITY OF ARTICLE VI, SECTION 22, OF THE CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE UNITED NATIONS

ADVISORY OPINION OF 15 DECEMBER 1989

Mode officiel de citation :
Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1989, p. 177.

Official citation :
Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1989, p. 177.

N° de vente :
Sales number **573**

15 DÉCEMBRE 1989

AVIS CONSULTATIF

APPLICABILITÉ DE LA SECTION 22 DE L'ARTICLE VI DE LA CONVENTION SUR LES PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS DES NATIONS UNIES

APPLICABILITY OF ARTICLE VI, SECTION 22, OF THE CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE UNITED NATIONS

15 DECEMBER 1989

ADVISORY OPINION

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

1989
15 décembre
Rôle général
n° 81

ANNÉE 1989

15 décembre 1989

APPLICABILITÉ DE LA SECTION 22 DE L'ARTICLE VI DE LA CONVENTION SUR LES PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS DES NATIONS UNIES

Compétence de la Cour pour donner l'avis consultatif demandé — Paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies — Pertinence du défaut de consentement d'un Etat intéressé — Avis demandé sur l'applicabilité d'une convention multilatérale — Clause de règlement des différends prévoyant un avis consultatif décisif — Réserve à la clause — Absence de référence à cette clause dans la requête pour avis et absence d'intention de l'invoquer — Demande exclusivement fondée sur l'article 96 de la Charte — Réserve sans incidence sur la compétence pour connaître de la requête.

Opportunité de donner l'avis — Existence éventuelle de raisons décisives pour refuser de répondre — Question de savoir si répondre aurait pour effet de tourner le principe du consentement.

Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies — Section 22 de l'article VI — Sens de l'expression « experts en missions » — Applicabilité de cette section à toutes les missions, y compris celles ne nécessitant pas de déplacements — Applicabilité aux experts dans l'Etat dont ils sont ressortissants ou sur le territoire duquel ils résident.

Statut des rapporteurs spéciaux de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités — Pouvoir de l'Organisation des Nations Unies de décider du maintien de la qualité de rapporteur.

AVIS CONSULTATIF

Présents: M. RUDA, *Président*; MM. LACHS, ELIAS, ODA, AGO, SCHWEBEL, sir Robert JENNINGS, MM. BEDJAOUI, NI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK, *juges*; M. VALENCIA-OSPINA, *Greffier*.

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

YEAR 1989

15 December 1989

1989
15 December
General List
No. 81

APPLICABILITY OF ARTICLE VI, SECTION 22, OF THE CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE UNITED NATIONS

Competence of the Court to give opinion requested — Article 96, paragraph 2, of United Nations Charter — Relevance of lack of consent of State concerned — Opinion requested on applicability of multilateral convention — Dispute settlement clause providing for decisive advisory opinion — Reservation to clause — No reference to clause in request for opinion and no intention to invoke it — Request based exclusively on Article 96 of Charter — Jurisdiction to entertain the request not affected by reservation.

Propriety of giving the opinion — Whether there is any compelling reason to decline — Whether reply would have effect of circumventing principle of consent.

Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations — Article VI, Section 22 — Meaning of "experts on missions" — Applicability of Section to all missions including those not requiring travel — Applicability to experts in States of which they are nationals or on territory of which they reside.

Status of special rapporteurs of United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities — Competence of United Nations to decide on retention of particular rapporteur.

ADVISORY OPINION

Present: *President* RUDA; *Judges* LACHS, ELIAS, ODA, AGO, SCHWEBEL, Sir Robert JENNINGS, BEDJAOUI, NI, EVENSEN, TARASSOV, GUILLAUME, SHAHABUDDEEN, PATHAK; *Registrar* VALENCIA-OSPINA.

Au sujet de l'applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies,

LA COUR,

ainsi composée,

donne l'avis consultatif suivant :

1. La question sur laquelle un avis consultatif est demandé à la Cour figure dans la résolution 1989/75 que le Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies (ci-après dénommé le « Conseil ») a adoptée le 24 mai 1989. Le Secrétaire général de l'Organisation, par lettre du 1er juin 1989 adressée au Président de la Cour et enregistrée au Greffe le 13 juin 1989, a officiellement communiqué à la Cour la décision par laquelle le Conseil soumettait à celle-ci pour avis consultatif la question formulée dans cette résolution. La résolution, dont le texte français et anglais certifié conforme était joint à la lettre, était rédigée comme suit :

> « *Le Conseil économique et social,*
>
> *Ayant examiné* la résolution 1988/37 de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, en date du 1er septembre 1988, et la résolution 1989/37 de la Commission des droits de l'homme, en date du 6 mars 1989,
>
> 1. *Conclut* qu'une divergence de vues s'est élevée entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement roumain quant à l'applicabilité de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies au cas de M. Dumitru Mazilu, en sa qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités ;
>
> 2. *Demande* à titre prioritaire à la Cour internationale de Justice, en application du paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies et conformément à la résolution 89 (I) de l'Assemblée générale, en date du 11 décembre 1946, un avis consultatif sur la question juridique de l'applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies au cas de M. Dumitru Mazilu en sa qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission. »

Etaient également joints à la lettre les résultats détaillés des votes sur la résolution et sur un amendement ajoutant au paragraphe 2 du projet de résolution les mots « à titre prioritaire ».

2. Le 14 juin 1989, le Greffier a notifié la requête pour avis consultatif à tous les Etats admis à ester devant la Cour, ainsi qu'il est prescrit au paragraphe 1 de l'article 66 du Statut de la Cour.

3. Par une ordonnance du 14 juin 1989, le Président de la Cour a décidé que l'Organisation des Nations Unies et les Etats parties à la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 13 février 1946 (ci-après dénommée la « convention générale ») étaient susceptibles de fournir des renseignements sur la question, conformément au paragraphe 2 de l'article 66 du Statut de la Cour. Le Président, vu ce paragraphe, et considérant que, pour fixer les délais de procédure, il était « nécessaire de tenir compte du fait que la requête pour avis consultatif a été expressément présentée à titre prioritaire », a fixé au 31 juillet 1989 la date d'expiration du délai dans lequel la Cour était disposée à recevoir des exposés

Concerning the applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations,

THE COURT,

composed as above,

gives the following Advisory Opinion:

1. The question upon which the advisory opinion of the Court has been requested is contained in resolution 1989/75 of the United Nations Economic and Social Council (hereinafter called "the Council"), adopted on 24 May 1989. By a letter dated 1 June 1989, addressed by the Secretary-General of the United Nations to the President of the Court, filed in the Registry on 13 June 1989, the Secretary-General formally communicated to the Court the decision by which the Council submitted to the Court for an advisory opinion the question set out in that resolution. The resolution, certified true copies of the English and French texts of which were enclosed with the letter, was in the following terms:

> "*The Economic and Social Council,*
>
> *Having considered* resolution 1988/37 of 1 September 1988 of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities and Commission on Human Rights resolution 1989/37 of 6 March 1989,
>
> 1. *Concludes* that a difference has arisen between the United Nations and the Government of Romania as to the applicability of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations to Mr. Dumitru Mazilu as Special Rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities;
>
> 2. *Requests*, on a priority basis, pursuant to Article 96, paragraph 2, of the Charter of the United Nations and in accordance with General Assembly resolution 89 (I) of 11 December 1946, an advisory opinion from the International Court of Justice on the legal question of the applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations in the case of Mr. Dumitru Mazilu as Special Rapporteur of the Sub-Commission."

Also enclosed with the letter were details of the voting on the resolution and on an amendment to the draft thereof whereby the words "on a priority basis" were added in paragraph 2.

2. On 14 June 1989 the Registrar gave the notice of the request for an advisory opinion prescribed by Article 66, paragraph 1, of the Statute of the Court to all States entitled to appear before the Court.

3. By an Order dated 14 June 1989 the President of the Court decided that the United Nations and the States which are parties to the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations adopted by the United Nations General Assembly on 13 February 1946 (hereinafter called "the General Convention") were likely to be able to furnish information on the question, in accordance with Article 66, paragraph 2, of the Statute of the Court. The President, having regard to that paragraph, and considering that in fixing time-limits for the proceedings, it was "necessary to bear in mind that the request for opinion was expressed to be made 'on a priority basis' ", fixed 31 July 1989 as the time-limit within which the Court would be prepared to receive written

écrits sur la question et au 31 août 1989 la date d'expiration du délai dans lequel des observations écrites sur les exposés écrits pourraient être présentées. Le 14 juin 1989, le Greffier a adressé à l'Organisation des Nations Unies et auxdits Etats la communication spéciale et directe prévue au paragraphe 2 de l'article 66 du Statut.

4. Dans le délai ainsi fixé, des exposés écrits ont été présentés par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies ainsi que par la République fédérale d'Allemagne, le Canada, les Etats-Unis d'Amérique et la République socialiste de Roumanie. Des observations écrites ont été présentées, dans le délai prescrit, par les Etats-Unis d'Amérique. Ces exposés et ces observations ont été communiqués par le Greffier aux Etats auxquels il avait adressé la communication spéciale et directe, ainsi qu'à l'Organisation des Nations Unies.

5. Conformément au paragraphe 2 de l'article 65 du Statut, le Secrétaire général a transmis à la Cour un dossier contenant des documents pouvant servir à élucider la question; ces documents sont parvenus au Greffe en plusieurs envois à partir du 2 août 1989.

6. La Cour a décidé de tenir, à compter du 4 octobre 1989, des audiences au cours desquelles des exposés oraux pourraient être faits devant elle par tout Etat et toute organisation ayant été jugés susceptibles de communiquer des renseignements sur la question soumise à la Cour.

7. Conformément à l'article 106 de son Règlement, la Cour a décidé de rendre accessible au public, à la date d'ouverture de la procédure orale, le texte des exposés écrits et des observations écrites qui lui avaient été présentés.

8. Au cours d'audiences publiques tenues les 4 et 5 octobre 1989, M. Carl-August Fleischhauer, conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies, a fait un exposé oral devant la Cour au nom du Secrétaire général, et M. Abraham Sofaer, conseiller juridique au département d'Etat, en a fait un au nom des Etats-Unis d'Amérique. Aucun des autres Etats qui avaient présenté des exposés écrits n'a exprimé le désir d'être entendu. Des membres de la Cour ont posé des questions au représentant du Secrétaire général, qui y a répondu avant la clôture de la procédure orale.

* *

9. Agissant conformément aux articles 55 *c)* et 68 de la Charte des Nations Unies, le Conseil a, par résolution 5 (I) du 16 février 1946, complétée le 18 février 1946, créé une Commission des droits de l'homme (ci-après dénommée la « Commission »). La Commission a institué à son tour, en 1947, une Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités (ci-après dénommée la « Sous-Commission »), à laquelle a été confié, en 1949, le mandat suivant :

> « *a)* entreprendre des études, notamment à la lumière de la Déclaration universelle des droits de l'homme, et adresser des recommandations à la Commission des droits de l'homme ayant trait à la lutte contre les mesures discriminatoires de toute espèce prises en violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales, comme au sujet de la protection des minorités raciales, nationales, religieuses et linguistiques; et

statements on the question and 31 August 1989 as the time-limit for written comments on written statements. On 14 June 1989 the Registrar addressed the special and direct communication provided for in Article 66, paragraph 2, of the Statute to the United Nations and to these States.

4. Written statements were submitted, within the time-limit so fixed, by the Secretary-General of the United Nations, and by Canada, the Federal Republic of Germany, the Socialist Republic of Romania and the United States of America. Written comments were submitted, within the relevant time-limit, by the United States of America. These statements and comments were communicated by the Registrar to the States to which he had sent the special and direct communication and to the United Nations.

5. The Secretary-General transmitted to the Court, pursuant to Article 65, paragraph 2, of the Statute, a dossier of documents likely to throw light upon the question; these documents were received in the Registry in instalments from 2 August 1989 onwards.

6. The Court decided to hold hearings, opening on 4 October 1989, at which oral statements might be submitted to the Court by any State or organization which had been considered likely to be able to furnish information on the question before the Court.

7. Pursuant to Article 106 of the Rules of Court, the Court decided to make the written statements and comments submitted to the Court accessible to the public, with effect from the opening of the oral proceedings.

8. At public sittings held on 4 and 5 October 1989, oral statements were made before the Court by Mr. Carl-August Fleischhauer, the United Nations Legal Counsel, on behalf of the Secretary-General, and by Mr. Abraham Sofaer, Legal Adviser, Department of State, on behalf of the United States of America. None of the other States which had presented written statements expressed a desire to be heard. Questions were put by Members of the Court to the representative of the Secretary-General, and answered before the close of the oral proceedings.

* *

9. Pursuant to Articles 55 *(c)* and 68 of the Charter of the United Nations, the Council, by resolution 5 (I) of 16 February 1946, supplemented on 18 February 1946, created a Commission on Human Rights (hereinafter called "the Commission"). In 1947 the Commission in its turn set up a Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities (hereinafter called "the Sub-Commission"), and in 1949 the Sub-Commission was given the following mandate:

> "*(a)* to undertake studies, particularly in the light of the Universal Declaration of Human Rights and to make recommendations to the Commission on Human Rights concerning the prevention of discrimination of any kind relating to human rights and fundamental freedoms and the protection of racial, national, religious and linguistic minorities; and

b) s'acquitter de toute autre fonction que pourrait lui confier le Conseil économique et social ou la Commission des droits de l'homme».

10. Le 13 mars 1984, la Commission, sur proposition de la Roumanie, a élu M. Dumitru Mazilu, ressortissant roumain, en qualité de membre de la Sous-Commission, pour un mandat de trois ans expirant le 31 décembre 1986. Conformément à la résolution 1985/13 de la Commission, qui prie la Sous-Commission d'accorder toute l'attention voulue au rôle des jeunes dans le domaine des droits de l'homme, la Sous-Commission, à sa trente-huitième session, a adopté, le 29 août 1985, la résolution 1985/12 confiant à M. Mazilu le soin

> «d'établir un rapport sur les droits de l'homme et la jeunesse en analysant les efforts et les mesures propres à réaliser les droits de l'homme et à en garantir la jouissance aux jeunes, en particulier les droits à la vie, à l'éducation et au travail»

et priant le Secrétaire général de lui apporter toute l'aide dont il aurait besoin pour s'acquitter de sa tâche. Ce rapport devait être présenté à la trente-neuvième session de la Sous-Commission prévue pour 1986, dans le cadre du point de l'ordre du jour intitulé «Promotion, protection et rétablissement des droits de l'homme aux niveaux national, régional et international».

11. La trente-neuvième session de la Sous-Commission, à laquelle le rapport de M. Mazilu devait être présenté, ne s'est pas tenue en 1986 et a été reportée à 1987. Le mandat de trois ans des membres de la Sous-Commission — qui devait normalement expirer le 31 décembre 1986 — a été prorogé d'un an par la décision 1987/102 du Conseil. Lors de l'ouverture de la trente-neuvième session de la Sous-Commission à Genève, le 10 août 1987, aucun rapport n'avait été reçu de M. Mazilu et celui-ci n'était pas présent. Par une lettre parvenue à l'Office des Nations Unies à Genève le 12 août 1987, la mission permanente de la Roumanie auprès dudit Office a informé celui-ci que M. Mazilu avait été victime d'une crise cardiaque et qu'il était encore hospitalisé. Dans l'exposé écrit qu'elle a présenté à la Cour, la Roumanie a indiqué que M. Mazilu était tombé gravement malade en mai 1987 et qu'il n'avait pas encore, à ce moment-là, commencé à rédiger le rapport qu'il avait été chargé d'établir. Selon l'exposé écrit du Secrétaire général, un télégramme signé «D. Mazilu» a été reçu à Genève le 18 août 1987, faisant savoir à la Sous-Commission qu'il était impossible à l'intéressé, en raison de sa maladie cardiaque, d'assister à la session en cours.

12. Dans ces conditions, la Sous-Commission a adopté la décision 1987/112 du 4 septembre 1987 par laquelle elle reportait à sa quarantième session, prévue pour 1988, l'examen du point 14 de son ordre du jour, dans le cadre duquel le rapport sur les droits de l'homme et la jeunesse devait être examiné. Nonobstant le fait que le mandat de M. Mazilu en tant que membre de la Sous-Commission expirait le 31 décembre 1987, la Sous-Commission a fait mention, dans l'ordre du jour provisoire de sa

(b) to perform any other functions which may be entrusted to it by the Economic and Social Council or the Commission on Human Rights".

10. On 13 March 1984 the Commission, upon nomination by Romania, elected Mr. Dumitru Mazilu, a Romanian national, to serve as a member of the Sub-Commission for a three-year term, due to expire on 31 December 1986. Pursuant to the Commission's resolution 1985/13 calling upon the Sub-Commission to pay due attention to the role of youth in the field of human rights, the Sub-Commission at its thirty-eighth session adopted on 29 August 1985 resolution 1985/12 whereby it requested Mr. Mazilu to

> "prepare a report on human rights and youth analysing the efforts and measures for securing the implementation and enjoyment by youth of human rights, particularly, the right to life, education and work"

and requested the Secretary-General to provide him with all necessary assistance for the completion of his task. This report was to be submitted under an agenda item entitled "Promotion, protection and restoration of human rights at national, regional and international levels", at the thirty-ninth session of the Sub-Commission scheduled for 1986.

11. The thirty-ninth session of the Sub-Commission, at which Mr. Mazilu's report was to be presented, was not convened in 1986 but was rescheduled for 1987. The three-year mandate of its members — originally due to expire on 31 December 1986 — was extended by Council decision 1987/102 for an additional year. When the thirty-ninth session of the Sub-Commission opened in Geneva on 10 August 1987 no report had been received from Mr. Mazilu, nor was he present. By a letter received by the United Nations Office at Geneva on 12 August 1987, the Permanent Mission of Romania to that Office informed it that Mr. Mazilu had suffered a heart attack and was still in hospital. In its written statement to the Court, Romania stated that Mr. Mazilu had fallen seriously ill in May 1987, and that at that time he had not yet begun to draw up the report entrusted to him. According to the written statement of the Secretary-General, a telegram was received in Geneva on 18 August 1987 signed "D. Mazilu" informing the Sub-Commission of his inability, due to heart illness, to attend the current session.

12. In these circumstances, the Sub-Commission adopted decision 1987/112 on 4 September 1987, whereby it deferred consideration of item 14 of its agenda — under which the report on human rights and youth was due to be discussed — to its fortieth session scheduled for 1988. Notwithstanding the scheduled expiration on 31 December 1987 of Mr. Mazilu's term as a member of the Sub-Commission, the latter included reference to a report to be submitted by him, identified by

quarantième session, d'un rapport que ce dernier, nommément désigné, devait présenter au titre du point de l'ordre du jour intitulé « Prévention de la discrimination et protection de l'enfant »; elle a fait figurer ce rapport sous le titre « Les droits de l'homme et la jeunesse » sur la « Liste des études et rapports confiés aux membres de la Sous-Commission sur décision des organes délibérants ».

13. Postérieurement à la trente-neuvième session de la Sous-Commission, le centre pour les droits de l'homme du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies à Genève a fait plusieurs tentatives pour entrer en contact avec M. Mazilu et l'assister dans l'établissement de son rapport, notamment en organisant à son intention un voyage à Genève. Les renseignements pertinents communiqués par les gouvernements, les organisations intergouvernementales et les organisations non gouvernementales lui ont été régulièrement adressés. Après réception de deux lettres portant le cachet postal du 25 décembre 1987 et celui du 29 décembre 1987, dans lesquelles M. Mazilu faisait savoir qu'il n'avait pas reçu les communications précédentes du centre, le Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme, par un télégramme daté du 19 janvier 1988, adressé au directeur par intérim du centre d'information des Nations Unies à Bucarest, a demandé à ce dernier de l'aider à faciliter l'établissement par M. Mazilu de son rapport, en lui faisant parvenir un billet pour lui permettre de se rendre à Genève; le Secrétaire général adjoint a également demandé que soit remise à M. Mazilu une invitation officielle à se rendre au centre pour les droits de l'homme, pour consultations.

14. Dans l'exposé écrit qu'elle a présenté à la Cour, la Roumanie a déclaré que M. Mazilu, à sa demande, avait été mis à la retraite pour incapacité de travail à partir du 1er décembre 1987 et qu'une commission médicale, agissant conformément aux lois roumaines en vigueur, avait réexaminé l'état de santé de M. Mazilu en 1988 et avait décidé de prolonger pour une nouvelle année sa mise à la retraite pour incapacité de travail. Dans une lettre adressée au Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme et remise le 15 janvier 1988 au directeur par intérim du centre d'information des Nations Unies à Bucarest, M. Mazilu a indiqué qu'il avait été hospitalisé à deux reprises et qu'il avait été contraint de prendre sa retraite à compter du 1er décembre 1987 et d'abandonner ses diverses fonctions officielles. Il a aussi déclaré qu'il était disposé à se rendre à Genève afin d'y tenir des consultations, mais que les autorités roumaines refusaient de lui délivrer une autorisation de voyage. Dans plusieurs lettres datées respectivement des 5 avril, 19 avril, 8 mai et 17 mai 1988, M. Mazilu a donné des détails supplémentaires sur sa situation personnelle; dans la première de ces lettres, il a affirmé avoir opposé un refus à la demande qui lui avait été faite le 22 février 1988 par une commission spéciale du ministère roumain des affaires étrangères de renoncer volontairement à présenter son rapport à la Sous-Commission. Il s'est constamment plaint d'avoir subi, ainsi que sa famille, de fortes pressions.

15. Le 31 décembre 1987, le mandat de tous les membres de la Sous-Commission, y compris celui de M. Mazilu, est venu à expiration (voir le

name, under the agenda item "Prevention of discrimination and protection of children", on the provisional agenda of its fortieth session, and entered the report under the title "Human rights and youth" in the "List of studies and reports under preparation by members of the Sub-Commission in accordance with the existing legislative authority".

13. After the thirty-ninth session of the Sub-Commission, the Centre for Human Rights of the United Nations Secretariat in Geneva made various attempts to contact Mr. Mazilu and to provide him with assistance in the preparation of his report, including arranging a visit to Geneva. Relevant information submitted by Governments, intergovernmental organizations and non-governmental organizations was sent to him on a regular basis. Having received from Mr. Mazilu two letters postmarked 25 and 29 December 1987, whereby he stated that he had not received the previous communications of the Centre, the Under-Secretary-General for Human Rights, in a telegram dated 19 January 1988 and addressed to the Acting Director of the United Nations Information Centre in Bucharest, requested the latter's assistance in facilitating Mr. Mazilu's work on his report by serving as a channel through which a ticket to Geneva would be provided to Mr. Mazilu; the Under-Secretary-General also asked that a formal invitation be communicated to Mr. Mazilu to come to the Centre for Human Rights for consultations.

14. In its written statement submitted to the Court, Romania stated that at Mr. Mazilu's request he had, from 1 December 1987, been put on the retired list as being unfit for service, and that in 1988 a medical commission, acting in accordance with current Romanian legislation, had re-examined Mr. Mazilu's state of health and decided to extend for a further one-year period his retirement on the grounds of continued unfitness for service. In a letter addressed to the Under-Secretary-General for Human Rights, handed on 15 January 1988 to the Acting Director of the United Nations Information Centre in Bucharest, Mr. Mazilu said that he had been twice in hospital, and that he had been forced to retire, as of 1 December 1987, from his various governmental posts. He stated that despite his willingness to come to Geneva for consultations, the Romanian authorities were refusing him a travel permit. In a series of letters dated 5 April, 19 April, 8 May and 17 May 1988, Mr. Mazilu further described his personal situation; in the first of these letters he alleged that he had refused to comply with a request addressed to him on 22 February 1988 by a special commission from the Romanian Ministry of Foreign Affairs voluntarily to decline to submit his report to the Sub-Commission. He consistently complained that strong pressure had been exerted on him and on his family.

15. On 31 December 1987 the terms of all members of the Sub-Commission, including Mr. Mazilu, expired (see paragraph 11 above).

paragraphe 11 ci-dessus). Le 29 février 1988, la Commission a élu, sur proposition de leurs gouvernements respectifs, les nouveaux membres de la Sous-Commission, dont M. Ion Diaconu, ressortissant roumain. En réponse à une lettre du 27 juin 1988 du représentant permanent de la Roumanie auprès de l'Office des Nations Unies à Genève se référant à une offre faite par M. Diaconu d'établir un rapport sur les droits de l'homme et la jeunesse, le Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme a rappelé, le 1er juillet 1988, que M. Mazilu avait reçu mandat par la résolution 1985/12 de la Sous-Commission d'établir le rapport sur ce sujet et a déclaré que seule la Sous-Commission ou un organe de rang plus élevé était compétent pour modifier cette désignation; le Secrétaire général devait par conséquent agir conformément aux instructions données par la Sous-Commission dans ladite résolution, à savoir «apporter à M. Dumitru Mazilu toute l'aide dont il [aurait] besoin pour s'acquitter de sa tâche».

16. Entre-temps, par une lettre du 6 mai 1988, le Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme avait demandé au représentant permanent de la Roumanie auprès de l'Office des Nations Unies à Genève de bien vouloir prêter son concours pour faire en sorte que M. Mazilu reçoive tous les renseignements pertinents qui avaient été fournis par des gouvernements, des institutions spécialisées et des organisations non gouvernementales, et dont il avait besoin pour achever son rapport. Par une lettre du 15 juin 1988, le Secrétaire général adjoint a informé le représentant permanent de la Roumanie qu'à titre de mesure exceptionnelle il avait décidé d'autoriser un fonctionnaire du centre pour les droits de l'homme à se rendre à Bucarest pour prêter son concours à M. Mazilu en vue de l'établissement de son rapport, à condition que M. Mazilu soit mis en mesure de présenter ledit rapport à la Sous-Commission à Genève et de participer au débat.

17. Tous les rapporteurs et rapporteurs spéciaux de la Sous-Commission ont été invités à participer à la quarantième session de cette dernière (8 août-2 septembre 1988), ainsi qu'aux séances de ses groupes de travail. Or M. Mazilu, une nouvelle fois, n'y est pas apparu. A la suite d'un débat qui a eu lieu à la deuxième séance, tenue le 9 août 1988, une invitation spéciale à se rendre à Genève pour présenter son rapport a été télégraphiée à M. Mazilu, mais les télégrammes ne lui ont pas été remis et le centre d'information des Nations Unies à Bucarest n'a pas réussi à retrouver M. Mazilu. Au cours du débat sur l'organisation des travaux de la session, qui a eu lieu à la neuvième séance, tenue le 15 août 1988, divers membres ont exprimé leurs vues sur la situation de M. Mazilu et le président a souligné que l'objectif de la Sous-Commission était d'une part de veiller à ce que l'étude confiée à M. Mazilu soit menée à bien et d'autre part de s'efforcer d'obtenir que M. Mazilu vienne la présenter en personne.

18. A sa dixième séance, tenue le 15 août 1988, la Sous-Commission a adopté la décision 1988/102 dans laquelle elle priait le Secrétaire général

> «de prendre contact avec le Gouvernement roumain et d'appeler l'attention du gouvernement sur le fait que la Sous-Commission avait

On 29 February 1988 the Commission, upon nomination by their respective Governments, elected new members of the Sub-Commission, among whom was Mr. Ion Diaconu, a Romanian national. In response to a letter from the Permanent Representative of Romania to the United Nations Office at Geneva, dated 27 June 1988, referring to an offer by Mr. Diaconu to prepare a report on human rights and youth, the Under-Secretary-General for Human Rights recalled on 1 July 1988 that Mr. Mazilu had been mandated by the Sub-Commission resolution 1985/12 to prepare the report on that subject, and stated that only the Sub-Commission or a superior body was competent to change the designation; the Secretary-General had therefore to act pursuant to the instructions given by the Sub-Commission in the said resolution "to provide all necessary assistance to Mr. Dumitru Mazilu for the completion of this task".

16. Meanwhile, by a letter dated 6 May 1988 the Under-Secretary-General for Human Rights requested the assistance of the Permanent Representative of Romania to the United Nations Office at Geneva in transmitting to Mr. Mazilu all relevant information which had been submitted by Governments, specialized agencies and non-governmental organizations, and which was necessary for the completion of his report. By a letter of 15 June 1988, the Under-Secretary-General informed the Permanent Representative of Romania that, as an exceptional measure, he had decided to authorize a staff member of the Centre for Human Rights to travel to Bucharest for the purpose of working with Mr. Mazilu on his report, but only on the understanding that Mr. Mazilu would be enabled to present his report to the Sub-Commission in Geneva and to participate in the ensuing debate.

17. All the rapporteurs and special rapporteurs of the Sub-Commission were invited to attend its fortieth session (8 August to 2 September 1988) and the meetings of its working groups; however Mr. Mazilu again did not appear. Following a discussion at the 2nd meeting, held on 9 August 1988, a special invitation was cabled to Mr. Mazilu to go to Geneva to present his report, but the relevant telegrams were not delivered, and the United Nations Information Centre in Bucharest was unable to locate Mr. Mazilu. During the debate at the 9th meeting, held on 15 August 1988, on the organization of work of the session, various members expressed their views about Mr. Mazilu's situation, and the Chairman stressed the two-fold aim of the Sub-Commission, namely, to ensure that the study entrusted to Mr. Mazilu be brought to a satisfactory conclusion, and to try to ensure its presentation by Mr. Mazilu in person.

18. At its 10th meeting, held on 15 August 1988, the Sub-Commission adopted decision 1988/102, whereby it requested the Secretary-General

> "to establish contact with the Government of Romania and to bring to the Government's attention the Sub-Commission's urgent need to

besoin, d'urgence, de prendre personnellement contact avec son rapporteur spécial, M. Dumitru Mazilu, et de se faire son intermédiaire auprès du gouvernement pour lui demander d'aider à retrouver M. Mazilu et d'accorder à un membre de la Sous-Commission et du secrétariat les facilités voulues pour qu'il rende visite à M. Mazilu afin d'aider ce dernier à achever son étude sur les droits de l'homme et la jeunesse, s'il le souhaitait».

Le Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme a informé la Sous-Commission, à sa quatorzième séance, tenue le 17 août 1988, qu'au cours d'entretiens entre le cabinet du Secrétaire général et le chargé d'affaires de la mission permanente de la Roumanie auprès de l'Organisation à New York, la possibilité d'entrer en contact avec M. Mazilu avait été évoquée.

19. Le Secrétaire général adjoint a indiqué que, lors de ces entretiens, le chargé d'affaires avait fait connaître que la position des autorités roumaines était que toute intervention du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies ou toute forme d'enquête à Bucarest serait considérée comme une ingérence dans les affaires intérieures de la Roumanie; l'affaire Mazilu était une affaire interne entre un citoyen et son propre gouvernement, et aucune visite à M. Mazilu ne serait donc autorisée.

20. A sa trente-deuxième séance, tenue le 30 août 1988, la Sous-Commission a examiné un projet de résolution qui envisageait la présentation à la Cour d'une demande d'avis consultatif sur l'applicabilité de la convention générale au cas de M. Mazilu; elle était en possession d'un avis sur la question, donné par le bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies; un autre avis lui est parvenu de ce bureau au sujet de l'incidence juridique de la réserve que la Roumanie avait apportée à la section 30 (relative au règlement des différends) de la convention générale.

21. Le 1er septembre 1988, la Sous-Commission a adopté, par 16 voix contre 4, avec 3 abstentions, la résolution 1988/37. Tenant compte du fait que

«si M. Mazilu ne pouvait, pour quelque raison personnelle que ce soit, achever ledit rapport et le présenter lui-même à la Sous-Commission, il devrait recevoir de l'Organisation des Nations Unies toute l'assistance possible pour lui permettre d'achever son rapport, avec cette assistance, en Roumanie»,

la Sous-Commission, selon les termes du dispositif:

«1. *Prie* le Secrétaire général de faire une fois de plus des démarches auprès du Gouvernement roumain et d'invoquer l'applicabilité de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, ainsi que d'inviter le gouvernement à coopérer pleinement à l'application de la présente résolution en faisant en sorte que le rapport de M. Mazilu soit achevé et présenté à la Sous-Commission

establish personal contact with its Special Rapporteur Mr. Dumitru Mazilu and to convey the request that the Government assist in locating Mr. Mazilu and facilitate a visit to him by a member of the Sub-Commission and the secretariat to help him in the completion of his study on human rights and youth if he so wished".

The Under-Secretary-General for Human Rights informed the Sub-Commission at its 14th meeting, held on 17 August 1988, that in contacts between the Secretary-General's Office and the Chargé d'affaires of the Romanian Permanent Mission to the United Nations in New York, the possibility of establishing contact with Mr. Mazilu was raised.

19. The Under-Secretary-General reported that in these contacts the Chargé d'affaires had stated that any intervention by the United Nations Secretariat and any form of investigation in Bucharest would be considered interference in Romania's internal affairs; the case of Mr. Mazilu was an internal matter between a citizen and his own Government and for that reason no visit to Mr. Mazilu would be allowed.

20. At its 32nd meeting, held on 30 August 1988, the Sub-Commission considered a draft resolution contemplating that an advisory opinion on the applicability of the General Convention to the case of Mr. Mazilu be sought from the Court; it had before it an opinion by the Office of Legal Affairs of the United Nations Secretariat on that question, and a further opinion was obtained from that Office on the legal implications of the reservation made by Romania to Section 30 (the disputes-settlement provision) of the General Convention.

21. The Sub-Commission on 1 September 1988 adopted by 16 votes to 4, with 3 abstentions, resolution 1988/37. Taking into account that

"if Mr. Mazilu should be unable for whatever personal reasons to complete and present himself the said report to the Sub-Commission, he should be given any possible assistance by the United Nations enabling him to complete his report, with such assistance, in Romania",

the Sub-Commission, according to the terms of the operative part,

"1. *Requests* the Secretary-General to approach once more the Government of Romania and invoke the applicability of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, and request the Government to co-operate fully in the implementation of the present resolution by ensuring that Mr. Mazilu's report be completed and presented to the Sub-Commission at the

à la date la plus rapprochée possible, soit par M. Mazilu lui-même, soit de la manière indiquée ci-dessus,

2. *Prie en outre* le Secrétaire général, au cas où le Gouvernement roumain ne souscrirait pas à l'applicabilité des dispositions de ladite convention dans le cas présent et partant, aux termes de la présente résolution, de porter cette divergence de vues entre l'Organisation des Nations Unies et la Roumanie à l'attention immédiate de la Commission des droits de l'homme à sa quarante-cinquième session, en 1989,

3. *Prie* la Commission des droits de l'homme, dans cette dernière hypothèse, de demander instamment au Conseil économique et social de solliciter de la Cour internationale de Justice, conformément à la résolution 89 (I) de l'Assemblée générale en date du 11 décembre 1946, un avis consultatif sur l'applicabilité des dispositions pertinentes de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies au cas présent et dans le cadre de la présente résolution. »

22. Conformément à la résolution susmentionnée, le Secrétaire général a adressé, le 26 octobre 1988, au représentant permanent de la Roumanie auprès de l'Organisation des Nations Unies à New York, une note verbale dans laquelle il invoquait la convention générale en ce qui concerne M. Mazilu et priait le Gouvernement roumain d'accorder à celui-ci les facilités nécessaires afin qu'il puisse achever la tâche qui lui avait été confiée. Cette note verbale étant restée sans réponse, le Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme a adressé, le 19 décembre 1988, une lettre de rappel au représentant permanent de la Roumanie auprès de l'Office des Nations Unies à Genève, dans laquelle il demandait au Gouvernement roumain de prêter son concours pour permettre à M. Mazilu de se rendre à Genève pour pouvoir discuter avec le centre pour les droits de l'homme de l'aide que celui-ci pourrait lui apporter dans l'établissement de son rapport.

23. Le 6 janvier 1989, le représentant permanent de la Roumanie a remis au conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies un aide-mémoire dans lequel la position du Gouvernement roumain à l'égard de M. Mazilu était définie. En ce qui concerne les faits de l'affaire, la Roumanie déclarait que M. Mazilu, qui n'avait rien élaboré ni produit sur le sujet qui lui avait été confié, était tombé sérieusement malade en 1987, souffrant d'une grave maladie cardiaque, et avait dû être hospitalisé à maintes reprises, durant plusieurs mois. Aux termes de l'aide-mémoire, M. Mazilu avait, en novembre 1987, « personnellement soumis une demande de mise à la retraite pour incapacité de travail, à cause de cette maladie, tout en fournissant des certificats médicaux appropriés »; « conformément à la loi roumaine, il a été examiné par une commission de médecins qui a décidé sa mise à la retraite pour cause de maladie, pour une durée initiale d'une année »; « à la fin d'une première année de retraite [pour raison] médicale, il a fait l'objet d'un nouvel examen devant une commission similaire de médecins qui a décidé de prolonger sa retraite pour cause de maladie ».

earliest possible date, either by himself or in the manner indicated above;

2. *Further requests* the Secretary-General, in the event the Government of Romania does not concur in the applicability of the provisions of the said Convention in the present case, and thus with the terms of the present resolution, to bring the difference between the United Nations and Romania immediately to the attention of the Commission on Human Rights at its forthcoming forty-fifth session in 1989;

3. *Requests* the Commission on Human Rights, in the latter event, to urge the Economic and Social Council to request, in accordance with General Assembly resolution 89 (I) of 11 December 1946, from the International Court of Justice an advisory opinion on the applicability of the relevant provisions of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations to the present case and within the scope of the present resolution."

22. Pursuant to the foregoing resolution the Secretary-General on 26 October 1988 addressed a Note Verbale to the Permanent Representative of Romania to the United Nations in New York, in which he invoked the General Convention in respect of Mr. Mazilu and requested the Romanian Government to accord Mr. Mazilu the necessary facilities in order to enable him to complete his assigned task. As no reply had been received to that Note Verbale, the Under-Secretary-General for Human Rights on 19 December 1988 wrote a letter of reminder to the Permanent Representative of Romania to the United Nations Office at Geneva, in which he asked that the Romanian Government assist in arranging for Mr. Mazilu to visit Geneva so that he could discuss with the Centre for Human Rights the assistance it might give him in preparing his report.

23. On 6 January 1989 the Permanent Representative of Romania handed to the Legal Counsel of the United Nations an Aide-Mémoire in which was set forth the Romanian Government's position concerning Mr. Mazilu. On the facts of the case, Romania stated that Mr. Mazilu, who had not prepared or produced anything on the subject entrusted to him, had in 1987 become gravely ill with a serious heart condition and had had repeatedly to go into hospital over a period of several months. In November 1987, according to that Aide-Mémoire, he had "applied personally for disability retirement because of this condition, submitting appropriate medical certificates"; "in accordance with Romanian law, he was examined by a panel of doctors which decided to place him on the retired list on grounds of ill-health for an initial period of one year"; "at the end of the first year of his disability retirement, he was examined by a similar panel of doctors which decided to extend his retirement on grounds of ill-health".

24. Abordant les questions de droit dans le même aide-mémoire, la Roumanie a estimé que « le problème de l'application de la convention générale ... ne se pose pas dans ce cas » : la convention « ne comporte pas une assimilation des rapporteurs, dont les activités ne sont qu'occasionnelles, aux experts en missions pour les Nations Unies » ; et

> « même si l'on attribuait partiellement aux rapporteurs le statut des experts ... ceux-ci ne peuvent bénéficier que d'immunités et de privilèges fonctionnels, c'est-à-dire liés aux activités qu'ils accomplissent pour les Nations Unies, pendant la période où ils accomplissent la mission respective, et uniquement dans les pays où ils l'accomplissent et dans ceux de transit ».

La Roumanie a considéré qu'il était évident que :

> « un expert ne jouit pas de privilèges et immunités dans le pays où il a sa résidence permanente, mais uniquement dans le pays où il est en mission et durant celle-ci. De même, les privilèges et les immunités prévus par la convention ne commencent qu'au moment du départ de l'expert dans un voyage lié à l'accomplissement de sa mission. »

Elle a ajouté que

> « dans le pays dont il est citoyen et dans d'autres pays où il se trouverait en dehors de sa mission, un expert ne jouit de privilèges et d'immunités que pour ce qui se rapporte au contenu de l'activité déployée dans le cadre de la mission (oral et écrit) ».

La Roumanie a expressément déclaré qu'elle était opposée à la présentation à la Cour de toute demande d'avis sur ce cas. Un point de vue similaire a été défendu dans l'exposé écrit que la Roumanie a soumis à la Cour dans la présente procédure.

25. A la quarante-cinquième session de la Commission, en 1989, le Secrétaire général a présenté une note établie « en application du paragraphe 2 de la résolution 1988/37 de la Sous-Commission » (voir le paragraphe 21 ci-dessus), à laquelle étaient joints sa note verbale du 26 octobre 1988 adressée au Gouvernement roumain et l'aide-mémoire de la Roumanie en date du 6 janvier 1989. Le 6 mars 1989, la Commission a adopté par 26 voix contre 5, avec 12 abstentions, sa résolution 1989/37 recommandant au Conseil de demander à la Cour un avis consultatif. Le 24 mai 1989, le Conseil a adopté par 24 voix contre 8, avec 19 abstentions, sa résolution 1989/75 ; dans cette résolution le Conseil demandait, comme la Commission l'avait recommandé dans sa résolution 1989/37, que la Cour donne un avis consultatif sur la question juridique de l'applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention générale au cas de M. Mazilu en sa qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission.

24. On the law, Romania expressed the view in that Aide-Mémoire that "the problem of the application of the General Convention does not arise in this case": the Convention "does not equate rapporteurs, whose activities are only occasional, with experts on missions for the United Nations"; and

> "even if rapporteurs are given some of the status of experts, . . . they can enjoy only functional immunities and privileges, that is, privileges connected with their activities for the United Nations, during the period of their mission, and then only in the countries in which they perform the mission and in countries of transit".

For Romania, it was obvious that

> "an expert does not enjoy privileges and immunities in the country in which he has his permanent residence but only in the country in which he is on mission and during the period of his mission. Likewise, the privileges and immunities provided by the Convention begin to apply only at the moment when the expert leaves on a journey connected with the performance of his mission."

Moreover,

> "in the country of which he is a national and in countries other than the country to which he is sent on mission, an expert enjoys privileges and immunities only in respect of actual activities spoken or written which he performs in connection with his mission".

Romania stated expressly that it was opposed to a request for advisory opinion from the Court of any kind in this case. Similar contentions were also put forward in the written statement presented by Romania to the Court in the present proceedings.

25. At the forty-fifth session of the Commission in 1989, the Secretary-General presented a Note "pursuant to paragraph 2 of resolution 1988/37 of the Sub-Commission" (see paragraph 21 above), to which was attached his Note Verbale to the Romanian Government of 26 October 1988, and the Romanian Aide-Mémoire of 6 January 1989. The Commission adopted on 6 March 1989, by 26 votes to 5, with 12 abstentions, its resolution 1989/37 recommending that the Council request an advisory opinion from the Court. The Council on 24 May 1989 adopted by 24 votes to 8, with 19 abstentions, its resolution 1989/75 requesting an advisory opinion of the Court, as recommended in Commission resolution 1989/37, on the legal question of the applicability of Article VI, Section 22, of the General Convention in the case of Mr. Mazilu as Special Rapporteur of the Sub-Commission.

26. Le Secrétaire général a aussi informé la Cour des faits ci-après, survenus postérieurement à la présentation de la demande d'avis consultatif. Un rapport sur les droits de l'homme et la jeunesse, établi par M. Mazilu, a été distribué en tant que document de la Sous-Commission daté du 10 juillet 1989; M. Mazilu avait fait parvenir par diverses voies le texte de ce rapport au centre pour les droits de l'homme, en plusieurs envois échelonnés. A une séance tenue le 8 août 1989, la Sous-Commission a décidé, conformément à sa pratique, d'inviter M. Mazilu à participer aux séances qui devaient être consacrées à l'étude de son rapport: aucune réponse à l'invitation qui lui avait été faite n'a été reçue. Dans une note verbale du 15 août 1989 adressée à l'Office des Nations Unies à Genève, la mission permanente de la Roumanie auprès de cet Office s'est référée au « soi-disant rapport » de M. Mazilu, s'est déclarée surprise « que les avis médicaux mis à la disposition du centre pour les droits de l'homme ... aient été ignorés » et a poursuivi en ces termes:

> « Le fait que la direction du centre ait accepté, dans ces conditions, de patronner la publication, sous l'égide de l'ONU, de certaines idées et jugements de M. Mazilu ne peut que nuire à l'autorité et à la crédibilité de l'ONU. »

De l'avis de la Roumanie:

> « A l'évidence, suite à sa maladie depuis 1987, M. Dumitru Mazilu ne dispose pas de la capacité intellectuelle nécessaire pour faire une analyse objective, responsable et sans préjugés, qui puisse constituer l'objet d'un rapport conformément aux exigences de l'ONU. »

A sa quarantième séance, tenue le 1er septembre 1989, la Sous-Commission a adopté, par 12 voix contre 4, avec 2 abstentions, sa résolution 1989/45 intitulée « Rapport de M. Dumitru Mazilu sur les droits de l'homme et la jeunesse ». Elle a noté que le rapport de M. Mazilu avait été établi dans des conditions difficiles et que l'information pertinente réunie par le Secrétaire général ne semblait pas avoir été remise à M. Mazilu. Elle a notamment prié M. Mazilu de mettre à jour son rapport et l'a invité à le lui soumettre lui-même lors de sa session suivante; elle a aussi prié le Secrétaire général de continuer à rassembler et à fournir à M. Mazilu l'information relative à son étude et de lui offrir toute l'assistance — y compris sous forme de consultations avec le centre pour les droits de l'homme — dont il pourrait avoir besoin pour mettre à jour son rapport.

•

27. La question soumise à la Cour par le Conseil est, aux termes de la résolution par laquelle l'avis consultatif a été demandé à la Cour (résolution 1989/75 intitulée « Statut des rapporteurs spéciaux »),

> « la question juridique de l'applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations

26. The Court has also been informed by the Secretary-General of the following events which have occurred since the request for advisory opinion was made. A report on human rights and youth prepared by Mr. Mazilu was circulated as a document of the Sub-Commission bearing the date 10 July 1989; the text of this report had been transmitted by Mr. Mazilu to the Centre for Human Rights in several instalments through various channels. At a meeting held on 8 August 1989, the Sub-Commission decided, in accordance with its practice, to invite Mr. Mazilu to participate in the meetings at which his report was to be considered: no reply was received to the invitation extended. By a Note Verbale dated 15 August 1989 from the Permanent Mission of Romania to the United Nations Office at Geneva addressed to that Office, the Permanent Mission referred to "the so-called report" by Mr. Mazilu, expressed surprise "that the medical opinions made available to the Centre for Human Rights ... have been ignored", and continued:

> "The fact that the Centre's administration has agreed, in these circumstances, to sponsor the publication of some of Mr. Mazilu's ideas and judgements under the auspices of the United Nations can only harm the standing and credibility of the Organization."

In the view of Romania,

> "Obviously since becoming ill in 1987, Mr. Dumitru Mazilu does not possess the intellectual capacity necessary for making an objective, responsible and unbiased analysis that could serve as the substance of a report consistent with the requirements of the United Nations."

At its 40th meeting held on 1 September 1989, the Sub-Commission adopted, by 12 votes to 4 with 2 abstentions, resolution 1989/45 entitled "The report on human rights and youth prepared by Mr. Dumitru Mazilu". The Sub-Commission noted that Mr. Mazilu's report had been prepared in difficult circumstances and that the relevant information collected by the Secretary-General appeared not to have been delivered to Mr. Mazilu. The Sub-Commission *inter alia* requested Mr. Mazilu to update his report and invited him to present it in person to the Sub-Commission at its next session; it also requested the Secretary-General to continue to gather and furnish to Mr. Mazilu information relating to his study, and to provide Mr. Mazilu with all the assistance he might need in updating his report, including consultations with the Centre for Human Rights.

*

27. The question laid before the Court by the Council is, in the terms of the resolution requesting the advisory opinion (resolution 1989/75, entitled "Status of Special Rapporteurs"),

> "the legal question of the applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations

> Unies au cas de M. Dumitru Mazilu en sa qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission [de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités]».

Selon l'exposé écrit présenté à la Cour par le Secrétaire général,

> «il convient de noter que la demande adressée à la Cour concerne l'applicabilité de la section 22 de la convention au cas de M. Mazilu, mais non les conséquences de cette applicabilité, c'est-à-dire la nature des privilèges et immunités dont M. Mazilu pourrait bénéficier en conséquence de son statut et la question de savoir s'il a été porté atteinte à ces privilèges et immunités».

Au cours des audiences, le représentant du Secrétaire général, répondant à une question qui lui avait été posée par un membre de la Cour, a déclaré:

> «un point est révélateur de l'intention qui était celle du Conseil lorsqu'il a adopté la résolution: après avoir évoqué une «divergence de vues», il n'a pas cherché, en soumettant la question à la Cour, à obtenir que cette divergence dans son ensemble soit résolue. Au contraire, il a simplement posé une question juridique préliminaire à la Cour, qui semble destinée à préciser tout au plus la situation de M. Mazilu vis-à-vis de la convention, mais sans résoudre l'ensemble du litige qui oppose manifestement l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement roumain.»

* *

28. La présente demande d'avis consultatif est la première demande faite par le Conseil en vertu du paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies. Ce paragraphe dispose que les organes de l'Organisation des Nations Unies autres que l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité,

> «qui peuvent, à un moment quelconque, recevoir de l'Assemblée générale une autorisation à cet effet ont également le droit de demander à la Cour des avis consultatifs sur des questions juridiques qui se poseraient dans le cadre de leur activité».

Pour ce qui est du Conseil, une telle autorisation a été donnée par l'Assemblée générale dans sa résolution 89 (I) du 11 décembre 1946. La question qui fait l'objet de la demande est une question juridique en tant qu'elle implique l'interprétation d'une convention internationale à l'effet de déterminer son applicabilité. Il s'agit en outre d'une question qui se pose dans le cadre de l'activité du Conseil. Ainsi qu'il est dit au paragraphe 10 ci-dessus, la tâche confiée à M. Mazilu se rattachait à une fonction et à un programme du Conseil. La Commission est un organe subsidiaire du Conseil et la Sous-Commission qui a nommé M. Mazilu rapporteur spécial est à son tour un organe subsidiaire de la Commission. En conséquence, la requête dont la Cour est saisie satisfait aux conditions prévues au paragraphe 2 de l'article 96 de la Charte des Nations Unies.

in the case of Mr. Dumitru Mazilu as Special Rapporteur of the Sub-Commission [on the Prevention of Discrimination and the Protection of Minorities]".

According to the written statement submitted to the Court by the Secretary-General,

"It should . . . be noted that while the Court has been asked about the applicability of Section 22 of the Convention in the case of Mr. Mazilu, it has not been asked about the consequences of that applicability, that is about what privileges and immunities Mr. Mazilu might enjoy as a result of his status and whether or not these had been violated."

During the oral proceedings, the representative of the Secretary-General, when replying to a question put by a Member of the Court, observed that:

"it is suggestive of the Council's intention in adopting the resolution to note that, having referred to a 'difference', it then did not attempt to have that difference as a whole resolved by the question it addressed to the Court. Rather . . . the Council merely addressed a preliminary legal question to the Court, which appears designed to clarify at most the general status of Mr. Mazilu in respect of the Convention, without resolving the entire issue that evidently separates the United Nations and the Government."

* *

28. The present request for advisory opinion is the first request made by the Council, pursuant to paragraph 2 of Article 96 of the Charter. That paragraph provides that organs of the United Nations, other than the General Assembly and the Security Council,

"which may at any time be so authorized by the General Assembly, may also request advisory opinions of the Court on legal questions arising within the scope of their activities".

Such authorization in respect of the Council was given by General Assembly resolution 89 (I) of 11 December 1946. The question which is the subject of the request, involving as it does the interpretation of an international convention in order to determine its applicability, is a legal question. Furthermore it is one arising within the scope of the activities of the Council. As indicated in paragraph 10 above, Mr. Mazilu's assignment was pertinent to a function and programme of the Council. The Commission is a subsidiary organ of the Council, and the Sub-Commission, of which he was appointed special rapporteur, is in turn a subsidiary organ of the Commission. Accordingly, the request before the Court fulfils the conditions of Article 96, paragraph 2, of the Charter of the United Nations.

29. Il appartient maintenant à la Cour d'examiner l'argumentation de la Roumanie fondée sur la réserve qu'elle a apportée à la section 30 de la convention générale, argumentation selon laquelle la Cour « ne peut pas se déclarer compétente pour donner un avis consultatif » en l'espèce. Aux termes de la section 30 de la convention générale :

> « Toute contestation portant sur l'interprétation ou l'application de la présente convention sera portée devant la Cour internationale de Justice, a moins que, dans un cas donné, les parties ne conviennent d'avoir recours à un autre mode de règlement. Si un différend surgit entre l'Organisation des Nations Unies, d'une part, et un Membre, d'autre part, un avis consultatif sur tout point de droit soulevé sera demandé en conformité de l'article 96 de la Charte et de l'article 65 du Statut de la Cour. L'avis de la Cour sera accepté par les parties comme décisif. »

La Roumanie a adhéré à la convention générale et son instrument d'adhésion a été déposé auprès du Secrétaire général le 5 juillet 1956. L'instrument d'adhésion contenait la réserve suivante :

> « La République populaire roumaine ne se considère pas liée par les stipulations de la section 30 de la convention, en vertu desquelles la juridiction de la Cour internationale de Justice est obligatoire en cas de contestation portant sur l'interprétation ou l'application de la convention ; en ce qui concerne la compétence de la Cour internationale de Justice dans les différends surgis dans de tels cas, la position de la République populaire roumaine est que, pour la soumission de quelque différend que ce soit à la réglementation de la Cour, il est nécessaire, chaque fois, d'avoir le consentement de toutes les parties au différend. Cette réserve s'applique également aux stipulations comprises dans la même section, selon lesquelles l'avis consultatif de la Cour internationale doit être accepté comme décisif. »

30. La Roumanie affirme qu'en raison de la réserve qu'elle a apportée à la section 30 une requête pour avis consultatif ne saurait, sans son consentement, être présentée par l'Organisation des Nations Unies au sujet du différend de celle-ci avec elle. La réserve, soutient-elle, subordonne la compétence de la Cour pour « examiner tout différend surgi entre l'Organisation des Nations Unies et la Roumanie, y compris dans le cadre de la procédure consultative, » au consentement des parties au différend. La Roumanie fait observer qu'elle n'a pas consenti à ce qu'un avis fût demandé à la Cour en l'espèce et conclut à un défaut de compétence.

31. La compétence qu'a la Cour en vertu de l'article 96 de la Charte et de l'article 65 du Statut pour donner des avis consultatifs sur des questions juridiques permet à des entités des Nations Unies de demander conseil à la Cour afin de mener leurs activités conformément au droit. Ces avis sont consultatifs, non obligatoires. Ces avis étant destinés à éclairer l'Organisa-

29. The Court has next to consider the contention of Romania, on the basis of the reservation made by it to Section 30 of the General Convention, that the Court "cannot find that it has jurisdiction to give an advisory opinion" in the present case. Section 30 of the General Convention provides:

> "All differences arising out of the interpretation or application of the present convention shall be referred to the International Court of Justice, unless in any case it is agreed by the parties to have recourse to another mode of settlement. If a difference arises between the United Nations on the one hand and a Member on the other hand, a request shall be made for an advisory opinion on any legal question involved in accordance with Article 96 of the Charter and Article 65 of the Statute of the Court The opinion given by the Court shall be accepted as decisive by the parties."

Romania acceded to the General Convention, and its instrument of accession was deposited with the Secretary-General on 5 July 1956. The instrument of accession contained the following reservation:

> "The Romanian People's Republic does not consider itself bound by the terms of section 30 of the Convention which provide for the compulsory jurisdiction of the International Court in differences arising out of the interpretation or application of the Convention; with respect to the competence of the International Court in such differences, the Romanian People's Republic takes the view that, for the purpose of the submission of any dispute whatsoever to the Court for a ruling, the consent of all the parties to the dispute is required in every individual case. This reservation is equally applicable to the provisions contained in the said section which stipulate that the advisory opinion of the International Court is to be accepted as decisive."

30. It is claimed by Romania that, because of the reservation made by it to Section 30, the United Nations cannot, without Romania's consent, submit a request for advisory opinion in respect of its difference with Romania. The reservation, it is said, subordinates the competence of the Court to "deal with any dispute that may have arisen between the United Nations and Romania, including a dispute within the framework of the advisory procedure," to the consent of the parties to the dispute. Romania points out that it did not agree that an opinion should be requested of the Court in the present case and concludes that the Court is without jurisdiction.

31. The jurisdiction of the Court under Article 96 of the Charter and Article 65 of the Statute, to give advisory opinions on legal questions, enables United Nations entities to seek guidance from the Court in order to conduct their activities in accordance with law. These opinions are advisory, not binding. As the opinions are intended for the guidance of

tion des Nations Unies, le consentement des Etats ne conditionne pas la compétence de la Cour pour les donner. Comme la Cour l'a fait observer en 1950:

> « Le consentement des Etats parties à un différend est le fondement de la juridiction de la Cour en matière contentieuse. Il en est autrement en matière d'avis, alors même que la demande d'avis a trait à une question juridique actuellement pendante entre Etats. La réponse de la Cour n'a qu'un caractère consultatif: comme telle, elle ne saurait avoir d'effet obligatoire. Il en résulte qu'aucun Etat, Membre ou non membre des Nations Unies, n'a qualité pour empêcher que soit donné suite à une demande d'avis dont les Nations Unies, pour s'éclairer dans leur action propre, auraient reconnu l'opportunité. L'avis est donné par la Cour non aux Etats, mais à l'organe habilité pour le lui demander; la réponse constitue une participation de la Cour, elle-même « organe des Nations Unies », à l'action de l'Organisation et, en principe, elle ne devrait pas être refusée. » (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71.)

Ce raisonnement est également valable lorsqu'il est avancé qu'une question juridique n'est pas pendante entre deux Etats, mais entre l'Organisation des Nations Unies et un Etat Membre.

32. La Roumanie invoque cependant sa réserve à la section 30 de la convention générale; mais cette section joue sur un plan et dans un contexte différents de ceux de l'article 96 de la Charte. Une lecture globale des dispositions de cette section montre clairement que leur objet est de fournir un mécanisme de règlement des différends. La première phrase de la section prévoit le cas où une contestation portant sur l'interprétation ou l'application de la convention générale surgit entre des Etats parties; elle comprend deux éléments. Le premier est l'obligation conventionnelle de porter la contestation devant la Cour, à moins que les parties ne décident d'un autre mode de règlement; le second est le but de la saisine de la Cour, qui est de régler la contestation.

33. L'Organisation des Nations Unies est elle-même intimement et le plus souvent directement concernée par la mise en œuvre de la convention générale. La section 30 a par conséquent été rédigée de manière à couvrir aussi le règlement des différends entre l'Organisation et un Etat partie à la convention générale. Si un tel différend surgit,

> « un avis consultatif sur tout point de droit soulevé sera demandé en conformité de l'article 96 de la Charte et de l'article 65 du Statut de la Cour. L'avis de la Cour sera accepté par les parties comme décisif. »

Cette disposition a le même objet que la première phrase de la section 30; la nature particulière de la procédure envisagée tient à la qualité d'organisation internationale de l'une des parties au différend.

the United Nations, the consent of States is not a condition precedent to the competence of the Court to give them. As the Court observed in 1950,

> "The consent of States, parties to a dispute, is the basis of the Court's jurisdiction in contentious cases. The situation is different in regard to advisory proceedings even where the Request for an Opinion relates to a legal question actually pending between States. The Court's reply is only of an advisory character: as such, it has no binding force. It follows that no State, whether a Member of the United Nations or not, can prevent the giving of an Advisory Opinion which the United Nations considers to be desirable in order to obtain enlightenment as to the course of action it should take. The Court's Opinion is given not to the States, but to the organ which is entitled to request it; the reply of the Court, itself an 'organ of the United Nations', represents its participation in the activities of the Organization, and, in principle, should not be refused." (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950*, p. 71.)

This reasoning is equally valid where it is suggested that a legal question is pending, not between two States, but between the United Nations and a member State.

32. Romania however relies on its reservation to Section 30 of the General Convention; but that Section operates on a different plane and in a different context from that of Article 96 of the Charter. When the provisions of the Section are read in their totality, it is clear that their object is to provide a dispute settlement mechanism. The first sentence of the Section provides for the case where a difference arises out of the interpretation or application of the General Convention between States parties to it, and contains two elements. The first is the treaty obligation to refer the difference to the Court, unless another mode of settlement is decided upon by the parties; the second is the object of the reference to the Court, namely to settle the difference.

33. The United Nations is itself intimately, and for the most part directly, concerned with the operation of the General Convention. Section 30 was therefore so framed as to take in also the settlement of differences between the United Nations and a State party to the General Convention. If such a difference arises,

> "a request shall be made for an advisory opinion on any legal question involved in accordance with Article 96 of the Charter and Article 65 of the Statute of the Court. The opinion given by the Court shall be accepted as decisive by the parties."

This provision pursues the same intent as expressed in the first sentence of Section 30; the particular nature of the proceeding contemplated is attributable to the status as an international organization of one of the parties to the difference.

34. Si une requête pour avis consultatif lui était présentée sur la base de la section 30, la Cour serait naturellement tenue de prendre en considération les réserves qu'une partie au différend aurait faites à ladite section. Dans le cas particulier de la Roumanie, la Cour devrait examiner si la réserve formulée par cet Etat pourrait avoir pour résultat d'empêcher la mise en œuvre de la procédure de demande d'avis consultatif ou seulement de priver l'avis que la Cour donnerait de l'effet décisif que la section 30 de la convention générale attribue à un tel avis. Mais en l'espèce, il n'a pas été fait référence à la section 30 dans la résolution par laquelle l'avis de la Cour a été sollicité et il ressort clairement du dossier qu'eu égard à l'existence de la réserve de la Roumanie il n'entrait pas dans les intentions du Conseil d'invoquer cette section. La requête n'est pas présentée en vertu de la section 30 et la Cour n'a donc pas à se prononcer sur l'effet de la réserve roumaine à cette disposition.

35. La Roumanie soutient cependant que, bien que le Conseil, dans sa résolution 1989/75 du 24 mai 1989, ne fasse pas référence à la section 30 de la convention générale en tant que fondement de sa demande d'avis consultatif, la question qu'il soulève a trait à l'applicabilité d'une disposition de fond de la convention générale « à un cas concret considéré comme un différend entre un Etat partie à la convention et l'Organisation des Nations Unies ». Elle fait valoir que

> « si l'on acceptait qu'un Etat partie à la convention, ou l'Organisation des Nations Unies, puisse demander que des différends concernant l'application ou l'interprétation de la convention soient portés devant la Cour sur un autre fondement que les dispositions de la section 30 de la convention, ce serait rompre l'unité de la convention, à savoir les dispositions de substance de celles relatives à la solution des différends, ce qui serait à même de modifier le contenu et l'étendue des obligations assumées par les Etats lorsqu'ils ont donné leur consentement à être liés par la convention ».

Il reste que la présente procédure, vu sa nature et son objet, vise, ainsi qu'il a été expliqué ci-dessus, à demander un avis sur l'applicabilité d'une partie de la convention générale, et non à porter un différend devant la Cour en vue de son règlement. De plus, le « contenu et l'étendue des obligations assumées par les Etats » — et en particulier par la Roumanie — « lorsqu'ils ont donné leur consentement à être liés par la convention » ne sont pas modifiés par la demande d'avis ni par le présent avis consultatif.

36. La Cour conclut que la réserve faite par la Roumanie à la section 30 de la convention générale est sans incidence sur la compétence de la Cour pour connaître de la présente requête.

*

37. Toutefois, même si le défaut de consentement de la Roumanie à la présente procédure ne peut avoir aucun effet sur la compétence de la Cour, c'est là une question qui doit être examinée pour déterminer s'il est

34. In case of a request for an advisory opinion made under Section 30, the Court would of course have to consider any reservation which a party to the dispute had made to that Section. In the particular case of Romania, the Court would have to consider whether the effect of its reservation could be to act as a bar to the operation of the procedure of request for advisory opinion, or merely to deprive any opinion given of the decisive effect attributed to such opinions by Section 30. But in the present case, the resolution requesting the advisory opinion made no reference to Section 30, and it is evident from the dossier that, in view of the existence of the Romanian reservation, it was not the intention of the Council to invoke Section 30. The request is not made under that Section, and the Court does not therefore need to determine the effect of the Romanian reservation to that provision.

35. Romania however contends that although the Council resolution 1989/75 dated 24 May 1989 does not allude to Section 30 of the General Convention as the basis of its request for advisory opinion, the question which it raises nevertheless relates to the applicability of a substantive provision of the General Convention "to a concrete case considered to be a dispute between a State party to the Convention and the United Nations". It argues that

> "If it were accepted that a State party to the Convention, or the United Nations, might ask for disputes concerning the application or interpretation of the Convention to be brought before the Court on a basis other than the provisions of Section 30 of the Convention, that would disrupt the unity of the Convention, by separating the substantive provisions from those relating to dispute settlement, which would be tantamount to a modification of the content and extent of the obligations entered into by States when they consented to be bound by the Convention."

However, the nature and purpose of the present proceedings are, as explained above, that of a request for advice on the applicability of a part of the General Convention, and not the bringing of a dispute before the Court for determination. Furthermore, the "content and extent of the obligations entered into by States" — and, in particular, by Romania — "when they consented to be bound by the Convention" are not modified by the request and by the present advisory opinion.

36. The Court thus finds that the reservation made by Romania to Section 30 of the General Convention does not affect the Court's jurisdiction to entertain the present request.

*

37. While, however, the absence of the consent of Romania to the present proceedings can have no effect on the jurisdiction of the Court, it is a matter to be considered when examining the propriety of the Court

opportun que la Cour donne un avis. Il est bien établi dans la jurisprudence de la Cour que, lorsqu'un organe de l'Organisation des Nations Unies ou une institution spécialisée demande à la Cour un avis consultatif en vertu de l'article 96 de la Charte, à titre de conseil ou d'éclaircissement d'un point de droit, la Cour doit donner suite à la requête et donner son avis, à moins que des « raisons décisives » ne s'y opposent. Dans l'affaire du *Sahara occidental*, la Cour a fait allusion à une situation dans laquelle pourrait exister une « raison décisive » de ce type. Commentant dans cette affaire les observations qu'elle avait formulées dans l'affaire de l'*Interprétation des traités de paix*, selon lesquelles sa compétence pour donner un avis consultatif ne dépend pas du consentement des Etats intéressés, la Cour s'est exprimée en ces termes :

> « La Cour a ... reconnu que le défaut de consentement pourrait l'amener à ne pas émettre d'avis si, dans les circonstances d'une espèce donnée, des considérations tenant à son caractère judiciaire imposaient un refus de répondre. Bref, le consentement d'un Etat intéressé conserve son importance non pas du point de vue de la compétence de la Cour mais pour apprécier s'il est opportun de rendre un avis consultatif.
>
> 33. Ainsi le défaut de consentement d'un Etat intéressé peut, dans certaines circonstances, rendre le prononcé d'un avis consultatif incompatible avec le caractère judiciaire de la Cour. Tel serait le cas si les faits montraient qu'accepter de répondre aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un Etat n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant. Si une telle situation devait se produire, le pouvoir discrétionnaire que la Cour tient de l'article 65, paragraphe 1, du Statut fournirait des moyens juridiques suffisants pour assurer le respect du principe fondamental du consentement à la juridiction. » (*Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975*, p. 25, par. 32-33.)

38. Etant donné que la Roumanie a mis l'accent sur sa réserve à la section 30 de la convention générale et qu'elle n'a pas donné son consentement à la présente demande d'avis consultatif, la Cour doit examiner si, en l'espèce, « accepter de répondre aurait pour effet de tourner le principe selon lequel un Etat n'est pas tenu de soumettre un différend au règlement judiciaire s'il n'est pas consentant ». La Cour estime qu'en la présente affaire accepter de répondre n'aurait pas un tel effet. Certes, dans la résolution par laquelle il demande l'avis de la Cour, le Conseil conclut qu'une divergence de vues s'est élevée entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement roumain quant à l'*applicabilité* de la convention au cas de M. Dumitru Mazilu. Mais cette divergence de vues, et la question posée à la Cour compte tenu de celle-ci, ne doivent pas être confondues avec le différend entre l'Organisation des Nations Unies et la Roumanie au sujet de l'*application* de la convention générale au cas de M. Mazilu.

39. En l'espèce, la Cour ne voit donc aucune raison décisive pour refuser de donner un avis consultatif. En conséquence, la Cour va main-

giving an opinion. It is well settled in the Court's jurisprudence that when a request is made under Article 96 of the Charter by an organ of the United Nations or a specialized agency for an advisory opinion by way of guidance or enlightenment on a question of law, the Court should entertain the request and give its opinion unless there are "compelling reasons" to the contrary. In the *Western Sahara* case the Court adverted to a possible situation in which such a "compelling reason" might be present. In that case, commenting on its observations in the *Interpretation of Peace Treaties* case, to the effect that its competence to give an opinion does not depend on the consent of the interested States, the Court observed:

> "the Court recognized that lack of consent might constitute a ground for declining to give the opinion requested if, in the circumstances of a given case, considerations of judicial propriety should oblige the Court to refuse an opinion. In short, the consent of an interested State continues to be relevant, not for the Court's competence, but for the appreciation of the propriety of giving an opinion.
>
> 33. In certain circumstances, therefore, the lack of consent of an interested State may render the giving of an advisory opinion incompatible with the Court's judicial character. An instance of this would be when the circumstances disclose that to give a reply would have the effect of circumventing the principle that a State is not obliged to allow its disputes to be submitted to judicial settlement without its consent. If such a situation should arise, the powers of the Court under the discretion given to it by Article 65, paragraph 1, of the Statute, would afford sufficient legal means to ensure respect for the fundamental principle of consent to jurisdiction." (*Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975*, p. 25, paras. 32-33.)

38. In view of the emphasis placed by Romania on its reservation to Article 30 of the General Convention and the absence of its consent to the present request for advisory opinion, the Court must consider whether in this case "to give a reply would have the effect of circumventing the principle that a State is not obliged to allow its disputes to be submitted to judicial settlement without its consent". The Court considers that in the present case to give a reply would have no such effect. Certainly the Council, in its resolution requesting the opinion, did conclude that a difference had arisen between the United Nations and the Government of Romania as to the *applicability* of the Convention to Mr. Dumitru Mazilu. But this difference, and the question put to the Court in the light of it, are not to be confused with the dispute between the United Nations and Romania with respect to the *application* of the General Convention in the case of Mr. Mazilu.

39. In the present case, the Court thus does not find any compelling reason to refuse an advisory opinion. The Court will therefore proceed

tenant répondre à la question juridique sur laquelle un tel avis lui a été demandé.

* *

40. Afin de se prononcer sur l'applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention générale aux rapporteurs spéciaux de la Sous-Commission, puis sur son applicabilité au cas de M. Dumitru Mazilu, la Cour doit tout d'abord déterminer le sens de ce texte.

41. Selon le paragraphe 1 de l'article 105 de la Charte des Nations Unies:

> « L'Organisation jouit, sur le territoire de chacun de ses Membres, des privilèges et immunités qui lui sont nécessaires pour atteindre ses buts. »

En outre, d'après le paragraphe 2 du même article:

> « Les représentants des Membres des Nations Unies et les fonctionnaires de l'Organisation jouissent également des privilèges et immunités qui leur sont nécessaires pour exercer en toute indépendance leurs fonctions en rapport avec l'Organisation. »

Enfin, en vertu du paragraphe 3, l'Assemblée générale peut « proposer aux Membres des Nations Unies des conventions... » en vue de fixer les détails d'application des paragraphes 1 et 2.

42. Agissant conformément à l'article 105 de la Charte, l'Assemblée générale a, le 13 février 1946, approuvé la convention générale et l'a proposée à l'adhésion de chacun des Etats Membres de l'Organisation. Cent vingt-quatre Etats, dont la Roumanie, sont parties à cette convention.

43. Comme il est prévu à l'article 105 de la Charte, la convention générale détermine en ses articles II et III les privilèges et immunités dont bénéficie l'Organisation des Nations Unies en tant que telle, fixe en son article IV les privilèges et immunités des représentants des Membres des Nations Unies et précise en son article V ceux des fonctionnaires de l'Organisation. Elle comporte en outre un article VI intitulé « Experts en missions pour l'Organisation des Nations Unies » et divisé en deux sections. La section 22 dispose ce qui suit:

> « Les experts (autres que les fonctionnaires visés à l'article V) lorsqu'ils accomplissent des missions pour l'Organisation des Nations Unies jouissent, pendant la durée de cette mission, y compris le temps du voyage, des privilèges et immunités nécessaires pour exercer leurs fonctions en toute indépendance. Ils jouissent en particulier des privilèges et immunités suivants:
>
> *a)* immunité d'arrestation personnelle ou de détention et de saisie de leurs bagages personnels;
>
> *b)* immunité de toute juridiction en ce qui concerne les actes accom-

now to reply to the legal question on which such an opinion has been requested.

* *

40. In order to determine the applicability of Article VI, Section 22, of the General Convention, to special rapporteurs of the Sub-Commission, and its applicability in the case of Mr. Dumitru Mazilu, the Court must first ascertain the meaning of that text.

41. According to Article 105, paragraph 1, of the Charter of the United Nations

> "The Organization shall enjoy in the territory of each of its Members such privileges and immunities as are necessary for the fulfilment of its purposes."

Furthermore, according to Article 105, paragraph 2,

> "Representatives of the Members of the United Nations and officials of the Organization shall similarly enjoy such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions in connection with the Organization."

Lastly, Article 105, paragraph 3, states that the General Assembly "may propose conventions to the Members of the United Nations" with a view to determining the details of the application of paragraphs 1 and 2.

42. Acting in conformity with Article 105 of the Charter, the General Assembly approved the General Convention on 13 February 1946 and proposed it for accession by each Member of the United Nations. One hundred and twenty-four States, including Romania, are parties to the Convention.

43. As contemplated by Article 105 of the Charter, the General Convention determines the privileges and immunities enjoyed by the United Nations as such (Arts. II and III), lays down the privileges and immunities of the representatives of Members of the United Nations (Art. IV), and defines those of the officials of the Organization (Art. V). It contains in addition an Article VI entitled "Experts on Missions for the United Nations", divided into two Sections. Section 22 provides as follows:

> "Experts (other than officials coming within the scope of Article V) performing missions for the United Nations shall be accorded such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions during the period of their missions, including the time spent on journeys in connection with their missions. In particular they shall be accorded:
>
> *(a)* immunity from personal arrest or detention and from seizure of their personal baggage;
>
> *(b)* in respect of words spoken or written and acts done by them in

plis par eux au cours de leurs missions (y compris leurs paroles et écrits). Cette immunité continuera à leur être accordée même après que ces personnes auront cessé de remplir des missions pour l'Organisation des Nations Unies;

c) inviolabilité de tous papiers et documents;
d) droit de faire usage de codes et de recevoir des documents et de la correspondance par courrier ou par valises scellées, pour leurs communications avec l'Organisation des Nations Unies;
e) les mêmes facilités, en ce qui concerne les réglementations monétaires ou de change, que celles qui sont accordées aux représentants des gouvernements étrangers en mission officielle temporaire;
f) les mêmes immunités et facilités en ce qui concerne leurs bagages personnels que celles qui sont accordées aux agents diplomatiques. »

La section 23 ajoute:

« Les privilèges et immunités sont accordés aux experts dans l'intérêt de l'Organisation des Nations Unies, et non à leur avantage personnel. Le Secrétaire général pourra et devra lever l'immunité accordée à un expert, dans tous les cas où, à son avis, cette immunité empêcherait que justice soit faite et où elle peut être levée sans porter préjudice aux intérêts de l'Organisation. »

Enfin, la section 26 de l'article VII de la convention générale accorde aux experts certaines facilités lorsqu'ils voyagent pour le compte de l'Organisation.

44. La Cour examinera l'applicabilité *ratione personae*, *ratione temporis* et *ratione loci* de la section 22. Elle recherchera donc en premier lieu ce que sont les « experts en missions » au sens de la section 22, puis ce qu'il convient d'entendre par « durée de [la] mission », avant de s'interroger sur la situation des experts dans leurs relations avec l'Etat dont ils sont ressortissants ou sur le territoire duquel ils résident.

45. La convention générale ne donne aucune définition des « experts en missions ». Tout au plus fournit-elle deux précisions, l'une négative, l'autre positive. Il résulte tout d'abord des dispositions de la section 22 que les fonctionnaires de l'Organisation, fussent-ils choisis en raison de leur compétence technique dans un domaine déterminé, n'entrent pas dans la catégorie des experts au sens de ce texte. En outre ne sont couverts par la section 22 que les experts qui accomplissent des missions pour l'Organisation. Mais cette section ne fournit aucune indication sur la nature, la durée ou le lieu de ces missions.

46. Les travaux préparatoires ne sont guère plus instructifs à cet égard. La convention a été initialement rédigée puis présentée à l'Assemblée générale par la commission préparatoire constituée à San Francisco en juin

the course of the performance of their mission, immunity from legal process of every kind. This immunity from legal process shall continue to be accorded notwithstanding that the persons concerned are no longer employed on missions for the United Nations;

(c) inviolability for all papers and documents;

(d) for the purpose of their communications with the United Nations, the right to use codes and to receive papers or correspondence by courier or in sealed bags;

(e) the same facilities in respect of currency or exchange restrictions as are accorded to representatives of foreign governments on temporary official missions;

(f) the same immunities and facilities in respect of their personal baggage as are accorded to diplomatic envoys."

Section 23 adds:

"Privileges and immunities are granted to experts in the interests of the United Nations and not for the personal benefit of the individuals themselves. The Secretary-General shall have the right and the duty to waive the immunity of any expert in any case where, in his opinion, the immunity would impede the course of justice and it can be waived without prejudice to the interests of the United Nations."

Finally, Article VII, Section 26, of the General Convention grants certain facilities to experts when travelling on the business of the Organization.

44. The Court will examine the applicability of Section 22 *ratione personae*, *ratione temporis* and *ratione loci*, that is to say it will consider first what is meant by "experts on missions" for the purposes of Section 22, and then the meaning to be attached to the expression "period of [the] missions", before considering the position of experts in their relations with the States of which they are nationals or on the territory of which they reside.

45. The General Convention gives no definition of "experts on missions". All it does is to clarify two points, one negative and the other positive. From Section 22 it is clear, first that the officials of the Organization, even if chosen in consideration of their technical expertise in a particular field, are not included in the category of experts within the meaning of that provision; and secondly that only experts performing missions for the United Nations are covered by Section 22. The Section does not, however, furnish any indication of the nature, duration or place of these missions.

46. Nor is there really any guidance in this respect to be found in the *travaux préparatoires* of the General Convention. The Convention was initially drafted and submitted to the General Assembly by the Preparatory

1945; ce projet initial ne comportait pas de disposition correspondant à l'actuel article VI. Ce dernier fut ajouté par la sous-commission des privilèges et immunités créée par la Sixième Commission en vue d'examiner le texte, mais les documents officiels de l'époque ne permettent pas de déterminer les motifs de cette addition.

47. L'objectif recherché par la section 22 n'en est pas moins clair, à savoir permettre à l'Organisation des Nations Unies de confier des missions à des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire de l'Organisation et leur garantir les « privilèges et immunités nécessaires pour exercer leurs fonctions en toute indépendance ». Les experts ainsi nommés ou élus peuvent être rémunérés ou non, bénéficier ou non d'un contrat, se voir confier une tâche nécessitant des travaux plus ou moins prolongés. L'essentiel n'est pas dans leur situation administrative, mais dans la nature de leur mission.

48. Dans la pratique, et selon les informations fournies par le Secrétaire général, l'Organisation des Nations Unies a été amenée à confier des missions de plus en plus variées à des personnes n'ayant pas la qualité de fonctionnaire de l'Organisation. De telles personnes ont été chargées de médiations, de la préparation de rapports, de l'élaboration d'études, de la réalisation d'enquêtes ou de la recherche et de l'établissement des faits. Elles ont participé à des forces de maintien de la paix, à des tâches d'assistance technique et à de multiples autres activités. En outre de nombreux comités, commissions ou organismes similaires dont les membres sont désignés, non en tant que représentants d'Etats, mais à titre personnel, ont été constitués au sein de l'Organisation. C'est ainsi qu'ont été créés la Commission du droit international, le comité consultatif pour les questions administratives et budgétaires, la Commission de la fonction publique internationale, le comité des droits de l'homme institué pour l'application du pacte sur les droits civils et politiques et divers autres comités de même nature, tels que le comité pour l'élimination de la discrimination raciale ou le comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes. Dans tous ces cas, il ressort de la pratique des Nations Unies que les personnes ainsi désignées, et en particulier les membres de ces comités ou commissions, ont été regardées comme des experts en missions au sens de la section 22.

49. Suivant cette dernière disposition, ces experts jouissent des privilèges et immunités prévus au texte « pendant la durée de [leur] mission, y compris le temps du voyage ». La question se pose par suite de savoir s'ils sont couverts par la section 22 uniquement au cours des missions nécessitant des déplacements ou s'ils le sont également en l'absence ou en dehors de tout déplacement. Pour répondre à cette question, il est nécessaire de préciser le sens des mots « mission » en français et *mission* en anglais, les deux langues dans lesquelles la convention générale a été adoptée. Initialement, et conformément à son étymologie latine, ce terme ne qualifiait la tâche confiée à une personne que lorsque cette dernière était envoyée l'accomplir au loin. Elle supposait un déplacement. La même connotation

Commission set up at San Francisco in June 1945; that initial draft did not contain anything corresponding to the present Article VI. That article was added by the Sub-Commission on Privileges and Immunities established by the Sixth Committee to examine the draft, but the contemporary official records do not make it possible to ascertain the reasons for the addition.

47. The purpose of Section 22 is nevertheless evident, namely, to enable the United Nations to entrust missions to persons who do not have the status of an official of the Organization, and to guarantee them "such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions". The experts thus appointed or elected may or may not be remunerated, may or may not have a contract, may be given a task requiring work over a lengthy period or a short time. The essence of the matter lies not in their administrative position but in the nature of their mission.

48. In practice, according to the information supplied by the Secretary-General, the United Nations has had occasion to entrust missions — increasingly varied in nature — to persons not having the status of United Nations officials. Such persons have been entrusted with mediation, with preparing reports, preparing studies, conducting investigations or finding and establishing facts. They have participated in certain peace-keeping forces, technical assistance work, and a multitude of other activities. In addition, many committees, commissions or similar bodies whose members serve, not as representatives of States, but in a personal capacity, have been set up within the Organization; for example the International Law Commission, the Advisory Committee on Administrative and Budgetary Questions, the International Civil Service Commission, the Human Rights Committee established for the implementation of the International Covenant on Civil and Political Rights, and various other committees of the same nature, such as the Committee on the Elimination of Racial Discrimination or the Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women. In all these cases, the practice of the United Nations shows that the persons so appointed, and in particular the members of these committees and commissions, have been regarded as experts on missions within the meaning of Section 22.

49. According to that Section, experts enjoy the privileges and immunities therein provided for "during the period of their missions, including the time spent on journeys". The question thus arises whether experts are covered by Section 22 only during missions requiring travel or whether they are also covered when there is no such travel or apart from such travel. To answer this question, it is necessary to determine the meaning of the word *"mission"* in French and "mission" in English, the two languages in which the General Convention was adopted. Initially, in keeping with its Latin derivation, the word referred to a task entrusted to a person only if that person was sent somewhere to perform it. It implied a journey. The same connotation is apparent in the words, of the same derivation, "emis-

peut être relevée dans les mots dérivés « émissaire », « missionnaire » ou « missive ». Mais le terme français « mission » et le terme anglais *mission* ont pris depuis longtemps un sens plus étendu et couvrent à l'heure actuelle de manière générale les tâches confiées à une personne, que ces tâches impliquent ou non un déplacement.

50. La Cour considère que, lorsque la section 22 vise les experts accomplissant des missions pour l'Organisation des Nations Unies, elle use du terme « mission » au sens général. Certains de ces experts doivent nécessairement se déplacer pour accomplir leurs tâches alors que d'autres peuvent les accomplir sans devoir le faire. Dans les deux hypothèses, la section 22 entend assurer dans l'intérêt de l'Organisation l'indépendance de ces experts en leur accordant les privilèges et immunités nécessaires à cet effet. Ces privilèges et immunités tendent dans certains cas à faciliter le voyage des experts et leur séjour à l'étranger, par exemple en ce qui concerne la saisie ou la fouille des bagages personnels. Mais, dans d'autres cas, ils ont un caractère beaucoup plus général, en particulier pour ce qui est des communications avec l'Organisation des Nations Unies ou de l'inviolabilité des papiers et documents. Dans ces conditions, la section 22 est applicable à tout expert en mission, qu'il soit ou non en déplacement.

51. La question a par ailleurs été soulevée de savoir si les experts en missions peuvent se prévaloir de ces privilèges et immunités à l'encontre de l'Etat dont ils sont ressortissants ou sur le territoire duquel ils résident. La Cour note à cet égard que la section 15 de la convention générale comporte, en ce qui concerne les représentants des Membres, une stipulation selon laquelle les dispositions des sections 11, 12 et 13 de l'article IV les concernant « ne sont pas applicables dans le cas d'un représentant vis-à-vis des autorités de l'Etat dont il est ressortissant ou dont il est ou a été le représentant ». Mais l'article V sur les fonctionnaires de l'Organisation et l'article VI relatif aux experts en missions pour l'Organisation ne comportent aucune règle comparable. Cette différence d'approche s'explique aisément. Les privilèges et immunités accordés par les articles V et VI le sont en vue d'assurer l'indépendance des fonctionnaires internationaux et des experts dans l'intérêt de l'Organisation. Cette indépendance doit être respectée par tous les Etats, y compris par l'Etat de la nationalité et celui de la résidence. Aussi bien certains Etats parties à la convention générale (Canada, Etats-Unis d'Amérique, Népal, République démocratique populaire lao, Thaïlande et Turquie) ont-ils formulé des réserves à certaines dispositions de l'article V, voire de l'article VI (Etats-Unis d'Amérique et Mexique), en ce qui concerne leurs ressortissants ou les personnes résidant habituellement sur leur territoire. Le fait même que le besoin a été ressenti de formuler ces réserves confirme la conclusion qu'en l'absence de telles réserves les experts en missions bénéficient des privilèges et immunités prévus par la convention générale dans leurs relations avec l'Etat dont ils sont ressortissants ou sur le territoire duquel ils résident.

52. Pour conclure, la Cour estime que la section 22 de la convention

sary", "missionary" and "missive". The French word *"mission"*, and the English word "mission", have however long since acquired a broader meaning and nowadays embrace in general the tasks entrusted to a person, whether or not those tasks involve travel.

50. The Court considers that Section 22, in its reference to experts performing missions for the United Nations, uses the word "mission" in a general sense. While some experts have necessarily to travel in order to perform their tasks, others can perform them without having to travel. In either case, the intent of Section 22 is to ensure the independence of such experts in the interests of the Organization by according them the privileges and immunities necessary for the purpose. In some cases these privileges and immunities are designed to facilitate the travel of experts and their stay abroad, for instance those concerning seizure or searching of personal baggage. In other cases, however, they are of a far more general nature, particularly with respect to communications with the United Nations or the inviolability of papers and documents. Accordingly, Section 22 is applicable to every expert on mission, whether or not he travels.

51. The question whether experts on missions can invoke these privileges and immunities against the States of which they are nationals or on the territory of which they reside has also been raised. In this connection, the Court notes that Section 15 of the General Convention provides that the terms of Article IV, Sections 11, 12 and 13, relating to the representatives of Members "are not applicable as between a representative and the authorities of the State of which he is a national or of which he is or has been the representative". Article V, concerning officials of the Organization, and Article VI, concerning experts on missions for the United Nations, do not, however, contain any comparable rule. This difference of approach can readily be explained. The privileges and immunities of Articles V and VI are conferred with a view to ensuring the independence of international officials and experts in the interests of the Organization. This independence must be respected by all States including the State of nationality and the State of residence. Some States parties to the General Convention (Canada, the Lao People's Democratic Republic, Nepal, Thailand, Turkey and the United States of America) have indeed entered reservations to certain provisions of Article V, or of Article VI itself (Mexico and the United States of America), as regards their nationals or persons habitually resident on their territory. The very fact that it was felt necessary to make such reservations confirms the conclusion that, in the absence of such reservations, experts on missions enjoy the privileges and immunities provided for under the Convention in their relations with the States of which they are nationals or on the territory of which they reside.

52. To sum up, the Court takes the view that Section 22 of the General

générale est applicable aux personnes (autres que les fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies) auxquelles une mission a été confiée par l'Organisation et qui sont de ce fait en droit de bénéficier des privilèges et immunités prévus par ce texte pour exercer leurs fonctions en toute indépendance. Pendant toute la durée de cette mission, les experts jouissent de ces privilèges et immunités fonctionnels, qu'ils soient ou non en déplacement. Ceux-ci peuvent être invoqués à l'encontre de l'Etat de la nationalité ou de la résidence, sauf réserve à la section 22 de la convention générale formulée valablement par cet Etat.

* *

53. A la lumière de ce qui précède, la Cour s'interrogera maintenant sur la situation des rapporteurs spéciaux de la Sous-Commission. C'est là une question qui touche au statut juridique des rapporteurs en général, catégorie de personnes que l'Organisation des Nations Unies et les institutions spécialisées trouvent nécessaire d'engager pour mener à bien des tâches de plus en plus variées, et qui de ce fait est une question d'importance pour l'ensemble du système des Nations Unies.

54. Le paragraphe 9 ci-dessus a rappelé les conditions dans lesquelles la Commission et la Sous-Commission ont été créées en 1946 et 1947, ainsi que le mandat attribué en 1949 à cette dernière. Le 28 mars 1947, le Conseil avait décidé que la Sous-Commission serait composée de douze personnalités qu'il avait nommément désignées, sous réserve du consentement des gouvernements respectifs. Les membres de la Sous-Commission, aujourd'hui au nombre de vingt-cinq, ont été par la suite choisis par la Commission des droits de l'homme dans des conditions comparables; le Conseil, dans sa résolution 1983/32 du 27 mai 1983, a expressément « rappe[lé] ... que les membres de la Sous-Commission sont élus par la Commission des droits de l'homme en qualité d'experts siégeant à titre personnel » et en a déduit que leurs suppléants devaient être élus et devaient siéger dans les mêmes conditions. N'ayant ni la qualité de représentant d'Etats Membres de l'Organisation des Nations Unies ni celle de fonctionnaire de l'Organisation, et s'acquittant pour cette dernière en toute indépendance des fonctions prévues par le mandat de la Sous-Commission, les membres de celle-ci doivent être regardés comme des experts en missions au sens de la section 22.

55. Selon la pratique suivie par de nombreux organes de l'Organisation des Nations Unies, la Sous-Commission a désigné de temps à autre des rapporteurs ou des rapporteurs spéciaux auxquels elle a confié le soin d'étudier des sujets déterminés. Ces rapporteurs ou rapporteurs spéciaux sont normalement choisis parmi les membres de la Sous-Commission. Toutefois, au cours des dix dernières années, des rapporteurs spéciaux ont, à trois reprises au moins, été désignés hors de la Sous-Commission. En outre, dans de nombreux cas, des rapporteurs spéciaux membres de la

Convention is applicable to persons (other than United Nations officials) to whom a mission has been entrusted by the Organization and who are therefore entitled to enjoy the privileges and immunities provided for in this Section with a view to the independent exercise of their functions. During the whole period of such missions, experts enjoy these functional privileges and immunities whether or not they travel. They may be invoked as against the State of nationality or of residence unless a reservation to Section 22 of the General Convention has been validly made by that State.

* *

53. In the light of the foregoing, the Court will now consider the situation of special rapporteurs of the Sub-Commission. This is a question which touches on the legal position of rapporteurs in general, a category of persons whom the United Nations and the specialized agencies find it necessary to engage for the implementation of increasingly varied functions, and is thus one of importance for the whole of the United Nations system.

54. The establishment in 1946 of the Commission, and the establishment in 1947 of the Sub-Commission and the definition in 1949 of its mandate, have been described in paragraph 9 above. On 28 March 1947, the Council decided that the Sub-Commission would be composed of 12 eminent persons, designated by name, subject to the consent of their respective national Governments. Subsequently the members of the Sub-Commission, at present 25 in number, were chosen by the Human Rights Commission under similar conditions, and the Council in resolution 1983/32 of 27 May 1983, expressly "recall[ed] . . . that members of the Sub-Commission are elected by the Commission on Human Rights as experts in their individual capacity", and concluded that their alternates should therefore be elected and should serve on the same basis. The members of the Sub-Commission, since their status is neither that of a representative of a member State nor that of a United Nations official, and since they perform independently for the United Nations functions contemplated in the remit of the Sub-Commission, must be regarded as experts on missions within the meaning of Section 22.

55. In accordance with the practice followed by many United Nations bodies, the Sub-Commission has from time to time appointed rapporteurs or special rapporteurs with the task of studying specified subjects. These rapporteurs or special rapporteurs are normally selected from among members of the Sub-Commission. However, over the past ten years, special rapporteurs have, on at least three occasions, been appointed from outside the Sub-Commission. Furthermore, in numerous cases, special rapporteurs appointed from among members of the Sub-Commission

Sous-Commission n'ont achevé leur rapport qu'après l'expiration de leur mandat de membre de la Sous-Commission. En toute hypothèse, les rapporteurs ou rapporteurs spéciaux se voient confier par la Sous-Commission une mission d'étude. Leurs fonctions sont diverses, car ils doivent rassembler, analyser et vérifier la documentation existant sur le problème à étudier, établir un rapport formulant des recommandations appropriées et présenter ce rapport à la Sous-Commission. N'ayant ni la qualité de représentant d'Etats Membres, ni celle de fonctionnaire de l'Organisation et effectuant cette étude en toute indépendance pour cette dernière, ils doivent être regardés comme des experts en missions au sens de la section 22, même dans l'hypothèse où ils n'appartiennent pas ou n'appartiennent plus à la Sous-Commission. Ils jouissent par suite, conformément à la section 22, des privilèges et immunités nécessaires pour exercer leurs fonctions, et en particulier pour établir tous contacts utiles à la préparation, à la rédaction et à la présentation de leur rapport à la Sous-Commission.

* *

56. S'étant ainsi prononcée sur l'applicabilité de la section 22 aux rapporteurs spéciaux de la Sous-Commission, la Cour doit encore statuer sur l'applicabilité de ce texte au cas de M. Dumitru Mazilu.

57. Ainsi qu'il a été exposé plus haut (voir le paragraphe 10 ci-dessus), M. Dumitru Mazilu a été élu membre de la Sous-Commission le 13 mars 1984. La Sous-Commission lui a confié, le 29 août 1985, le soin d'établir un rapport sur les droits de l'homme et la jeunesse. Le mandat de M. Mazilu en tant que membre de la Sous-Commission a expiré le 31 décembre 1987. Le rapport demandé sur les droits de l'homme et la jeunesse n'avait pas été présenté à cette date et M. Mazilu a été maintenu dans ses fonctions de rapporteur spécial par décisions ou résolution de la Sous-Commission des 4 septembre 1987, 15 août 1988 et 1er septembre 1988 (voir les paragraphes 12, 18 et 21 ci-dessus). La Sous-Commission a par la suite reçu un rapport de M. Mazilu, qui a été publié le 10 juillet 1989, puis elle a, par sa résolution 1989/45 du 1er septembre 1989 (voir le paragraphe 26 ci-dessus), maintenu une nouvelle fois l'intéressé dans ses fonctions de rapporteur spécial et l'a prié de mettre à jour son rapport à la lumière notamment des informations rassemblées à son intention par le Secrétaire général. Ainsi M. Mazilu a eu, du 13 mars 1984 au 29 août 1985, la qualité de membre de la Sous-Commission. Du 29 août 1985 au 31 décembre 1987, il a été à la fois membre de la Sous-Commission et rapporteur de celle-ci. Enfin, si depuis cette dernière date il n'appartient plus à la Sous-Commission, il en est demeuré rapporteur spécial. Il n'a donc pas cessé pendant toute cette période d'avoir la qualité d'expert en mission au sens de la section 22 et d'être en droit de bénéficier, pour exercer ses fonctions, des privilèges et immunités prévus par ce texte.

have completed their reports only after their membership of the Sub-Commission had expired. In any event, rapporteurs or special rapporteurs are entrusted by the Sub-Commission with a research mission. Their functions are diverse, since they have to compile, analyse and check the existing documentation on the problem to be studied, prepare a report making appropriate recommendations, and present the report to the Sub-Commission. Since their status is neither that of a representative of a member State nor that of a United Nations official, and since they carry out such research independently for the United Nations, they must be regarded as experts on missions within the meaning of Section 22, even in the event that they are not, or are no longer, members of the Sub-Commission. Consequently they enjoy, in accordance with Section 22, the privileges and immunities necessary for the exercise of their functions, and in particular for the establishment of any contacts which may be useful for the preparation, the drafting and the presentation of their reports to the Sub-Commission.

* *

56. Having thus pronounced on the applicability of Section 22 to special rapporteurs of the Sub-Commission, the Court must now give its opinion on the question of the applicability of this provision in the case of Mr. Dumitru Mazilu.

57. As has been noted earlier (paragraph 10 above), Mr. Dumitru Mazilu was elected a member of the Sub-Commission on 13 March 1984. On 29 August 1985 the Sub-Commission requested him to prepare a report on human rights and youth. The mandate of Mr. Mazilu as a member of the Sub-Commission expired on 31 December 1987. On that date, the report requested on human rights and youth had not been submitted and Mr. Mazilu was retained as special rapporteur by decisions or resolutions of the Sub-Commission adopted on 4 September 1987, 15 August 1988 and 1 September 1988 (paragraphs 12, 18 and 21 above). The Sub-Commission subsequently received a report by Mr. Mazilu, which was published on 10 July 1989; and by its resolution 1989/45 of 1 September 1989 (paragraph 26 above), the Sub-Commission once again retained Mr. Mazilu as special rapporteur, and requested him to update his report in the light of, *inter alia*, the information collected for him by the Secretary-General. Thus from 13 March 1984 to 29 August 1985 Mr. Mazilu had the status of member of the Sub-Commission. From 29 August 1985 to 31 December 1987, he was both a member and a rapporteur of the Sub-Commission. Finally, although since the last-mentioned date he has no longer been a member of the Sub-Commission, he has remained one of its special rapporteurs. At no time during this period, therefore, has he ceased to have the status of an expert on mission within the meaning of Section 22, or ceased to be entitled to enjoy for the exercise of his functions the privileges and immunities provided for therein.

58. Des doutes ont cependant été émis par la Roumanie sur l'aptitude de M. Mazilu à remplir son mandat de rapporteur spécial. La Roumanie a en effet souligné que l'intéressé était tombé sérieusement malade en mai 1987 et qu'il avait par suite été mis à la retraite conformément aux décisions prises par les médecins compétents selon les lois roumaines applicables; la Roumanie a ajouté dans son exposé écrit que M. Mazilu était encore, à la date de cet exposé, dans l'incapacité d'assumer la tâche qui lui avait été confiée par la Sous-Commission. M. Mazilu a de son côté fait connaître à l'Organisation des Nations Unies que son état de santé ne lui interdisait ni de préparer le rapport qui lui avait été demandé ni de se rendre à cet effet au centre des droits de l'homme à Genève. Lorsqu'un rapport de M. Mazilu a été distribué en tant que document de la Sous-Commission, la Roumanie a déclaré qu'il était évident que «suite à sa maladie depuis 1987, M. Dumitru Mazilu ne dispose pas de la capacité intellectuelle nécessaire» pour rédiger un «rapport conformément aux exigences de l'Organisation des Nations Unies» (voir le paragraphe 26 ci-dessus).

59. La Cour n'a pas à se prononcer sur l'état de santé de M. Mazilu et sur les conséquences de cet état de santé sur les travaux qu'il a menés ou doit mener pour la Sous-Commission. Il lui suffit d'une part de relever qu'il appartenait à l'Organisation des Nations Unies de décider dans les circonstances de l'espèce s'il convenait de maintenir M. Mazilu dans sa qualité de rapporteur spécial et d'autre part de constater que des décisions en ce sens ont été prises par la Sous-Commission.

60. Dans ces circonstances, M. Mazilu continue à avoir la qualité de rapporteur spécial et doit de ce fait être considéré comme expert en mission au sens de la section 22 de la convention générale. Cette section est dès lors applicable au cas de M. Mazilu.

* * *

61. Par ces motifs,

LA COUR,

à l'unanimité,

Est d'avis que la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies est applicable au cas de M. Dumitru Mazilu en sa qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.

Fait en français et en anglais, le texte français faisant foi, au palais de la Paix, à La Haye, le quinze décembre mil neuf cent quatre-vingt-neuf, en

58. Doubt was nevertheless expressed by Romania whether Mr. Mazilu was capable of performing his task as special rapporteur. Romania emphasized that he had been taken seriously ill in May 1987, and had therefore been placed on the retired list pursuant to decisions taken by the competent medical practitioners, in accordance with the applicable Romanian legislation; according to the Romanian written statement, he was at that time still unable to carry out his mandate as special rapporteur. Mr. Mazilu himself informed the United Nations that the state of his health did not prevent him from preparing the report entrusted to him or from going for this purpose to the Centre for Human Rights in Geneva. When a report by Mr. Mazilu was circulated as a document of the Sub-Commission, Romania expressed the view that it was obvious that "since becoming ill in 1987, Mr. Dumitru Mazilu does not possess the intellectual capacity necessary" for the preparation of "a report consistent with the requirements of the United Nations" (paragraph 26 above).

59. It is not for the Court to pronounce on the state of Mr. Mazilu's health, or on its consequences on the work he has done or is to do for the Sub-Commission. It is sufficient for it to note, first that it was for the United Nations to decide whether in the circumstances it wished to retain Mr. Mazilu as special rapporteur, and secondly to take note that decisions to that effect have been taken by the Sub-Commission.

60. In these circumstances Mr. Mazilu continues to have the status of special rapporteur, and as a consequence must be regarded as an expert on mission within the meaning of Section 22 of the General Convention. That Section is accordingly applicable in the case of Mr. Mazilu.

* * *

61. For these reasons,

THE COURT,

Unanimously,

Is of the opinion that Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations is applicable in the case of Mr. Dumitru Mazilu as a special rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.

Done in French and in English, the French text being authoritative, at the Peace Palace, The Hague, this fifteenth day of December, one thou-

deux exemplaires, dont l'un restera déposé aux archives de la Cour et l'autre sera transmis au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.

Le Président,
(Signé) José María RUDA.

Le Greffier,
(Signé) Eduardo VALENCIA-OSPINA.

MM. ODA, EVENSEN et SHAHABUDDEEN, juges, joignent à l'avis consultatif les exposés de leur opinion individuelle.

(Paraphé) J.M.R.
(Paraphé) E.V.O.

sand nine hundred and eighty-nine, in two copies, one of which will be placed in the archives of the Court and the other transmitted to the Secretary-General of the United Nations.

(Signed) José María RUDA,
President.

(Signed) Eduardo VALENCIA-OSPINA,
Registrar.

Judges ODA, EVENSEN and SHAHABUDDEEN append separate opinions to the Advisory Opinion of the Court.

(Initialled) J.M.R.
(Initialled) E.V.O.

SEPARATE OPINION OF JUDGE ODA

1. I agree with the Court's Opinion that

> "Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations is applicable in the case of Mr. Dumitru Mazilu as a special rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities." (Para. 61.)

I wonder, however, whether the Court, by simply giving this answer, has adequately responded to what the Economic and Social Council had in mind when formulating resolution 1989/75, in which it requested the Court, "on a priority basis", to give an opinion

> "on the legal question of the applicability of Article VI, Section 22, of the Convention . . . *in the case* of Mr. Dumitru Mazilu as Special Rapporteur of the Sub-Commission." (Emphasis added.)

To my mind, this question would have been framed more restrictively if all that was desired was an unelaborated "yes" or "no" answer. The way it was actually framed gave scope, I believe, to certain pronouncements on the modalities of the *application* of Section 22 of the Convention to the *case* of Mr. Mazilu.

* *

2. As is stated in the Preamble to its resolution, the Economic and Social Council made that request after

> "*[h]aving considered* resolution 1988/37 of 1 September 1988 of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities and Commission on Human Rights resolution 1989/37 of 6 March 1989".

The background to the request for an advisory opinion made to the Court by the Council may be reconstructed in a slightly different manner from that adopted by the Court, as I consider that greater emphasis could have been laid upon some facts which are more directly relevant to the motives of the Council in submitting the request.

3. Mr. Mazilu, then a member of the Sub-Commission whose term was to expire on 31 December 1987, had been requested by the Sub-Commis-

OPINION INDIVIDUELLE DE M. ODA

[Traduction]

1. Je suis d'accord avec l'avis de la Cour selon lequel

> « la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies est applicable au cas de M. Dumitru Mazilu en sa qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités » (par. 61).

Je me demande toutefois si, en se bornant à donner cette réponse, la Cour a bien répondu à ce qui était la préoccupation du Conseil économique et social lorsqu'il a formulé la résolution 1989/75 dans laquelle il a demandé à la Cour, « à titre prioritaire », d'émettre un avis

> « sur la question juridique de l'applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention ... *au cas* de M. Dumitru Mazilu en sa qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission » (les italiques sont de moi).

A mon sens, la question aurait été formulée en termes plus restrictifs si le Conseil avait souhaité seulement recevoir une réponse par oui ou par non. La façon dont elle a été effectivement libellée appelait, me semble-t-il, certaines prises de position sur les modalités de l'*application* de la section 22 de la convention au *cas* de M. Mazilu.

* *

2. Comme cela est dit dans le préambule de sa résolution, le Conseil économique et social a fait cette demande après avoir

> « *examiné* la résolution 1988/37 de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, en date du 1er septembre 1988, et la résolution 1989/37 de la Commission des droits de l'homme, en date du 6 mars 1989 ».

La genèse de la demande d'avis consultatif adressée à la Cour par le Conseil pourrait être reconstituée d'une façon un peu différente de celle que la Cour a adoptée, car à mon avis on aurait pu mettre davantage en relief certains faits qui se rapportent plus directement au motif de la demande.

3. M. Mazilu, qui était alors un des membres de la Sous-Commission dont le mandat allait venir à expiration le 31 décembre 1987, avait été prié

sion to prepare a report on human rights and youth (resolution 1985/12 of 29 August 1985). Relevant information had been regularly despatched to him from the United Nations Centre for Human Rights in Geneva. However, when the 1987 session of the Sub-Commission opened in Geneva on 10 August 1987, Mr. Mazilu had not presented a report and was absent from the meeting. On 12 August 1987, the Sub-Commission was informed that the Secretariat had just received a letter from the Permanent Mission of Romania in Geneva, by which it had been informed that Mr. Mazilu had suffered a heart attack in June and had been told that, as he was still in hospital, he would not be able to travel to Geneva. A telegram bearing the name "D. Mazilu", received on 18 August 1987 by the Secretariat, likewise conveyed a message that he was unable to attend the current session due to heart illness. On 4 September 1987, the Sub-Commission decided to defer until the 1988 session its consideration of the agenda item under which the report to be submitted by Mr. Mazilu was to have been discussed.

4. Subsequently, the Under-Secretary-General for Human Rights in Geneva attempted, by means of a letter of 3 November and a cable of 17 December 1987, to contact Mr. Mazilu and provide him with assistance in the preparation of his report, including arrangements for him to travel to Geneva. The Centre received from Mr. Mazilu two letters postmarked 25 and 29 December 1987 in which he said that he had not received its previous communications, including the invitation to the 1987 session, and that he could not obtain permission from his Government to come to the session in Geneva. In neither of those letters did Mr. Mazilu make any reference to having suffered from an illness. The Under-Secretary-General for Human Rights tried, on 19 January 1988, to make contact with Mr. Mazilu through the United Nations Information Centre in Bucharest and sent a formal invitation asking Mr. Mazilu to come to the Centre in Geneva for consultations during the two-week period from 15 February 1988.

5. In an undated letter addressed to the Under-Secretary-General, that was handed to the Acting Director of the Information Centre in Bucharest on 15 January 1988 and received in Geneva on 1 February 1988, Mr. Mazilu stated that he had been isolated from contacts with the Centre for Human Rights in Geneva and "because of this impossible situation, [he had] suffered very much". He had twice been in hospital and had been forced to retire, as of 1 December 1987, from his post in the Ministry of Foreign Affairs. He went on to say that, despite his willingness to come to Geneva for consultations, the Romanian authorities had refused him a travel permit. He further stated that he was "ready to go to the Centre at 14 February this year". In a series of six letters dated 5 April, 19 April (two of this date), 8 May (two of this date) and 17 May 1988, Mr. Mazilu further described his personal situation: in the first he declared that he had refused to comply with a request addressed to him on 22 February 1988 by a special commission from the Ministry of Foreign Affairs and

par la Sous-Commission d'établir un rapport sur les droits de l'homme et la jeunesse (résolution 1985/12 du 29 août 1985). Des informations à cet effet lui avaient été régulièrement envoyées par le centre des Nations Unies pour les droits de l'homme à Genève. Cependant, lorsque la session de 1987 de la Sous-Commission s'est ouverte à Genève le 10 août 1987, M. Mazilu n'avait pas remis de rapport et n'était pas présent à la réunion. Le 12 août 1987, la Sous-Commission a été informée que le Secrétariat venait de recevoir de la mission permanente de la Roumanie à Genève une lettre l'avisant que M. Mazilu avait eu une crise cardiaque en juin et que, étant encore hospitalisé il ne pourrait se rendre à Genève. Un télégramme portant le nom « D. Mazilu », reçu par le Secrétariat le 18 août 1987, annonçait de même qu'il était impossible à l'intéressé d'assister à la session suite à une maladie cardiaque. Le 4 septembre 1987, la Sous-Commission a décidé de reporter à sa session de 1988 l'examen du point de son ordre du jour dans le cadre duquel le rapport demandé à M. Mazilu devait être examiné.

4. Par la suite, le Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme, à Genève, a tenté, par une lettre du 3 novembre et un télégramme du 17 décembre 1987, d'entrer en contact avec M. Mazilu et de lui venir en aide dans l'établissement de son rapport, notamment en prenant des dispositions pour qu'il puisse se rendre à Genève. Le centre a reçu de M. Mazilu deux lettres portant le cachet postal du 25 et du 29 décembre 1987 dans lesquelles M. Mazilu disait qu'il n'avait pas reçu les communications précédentes du centre, y compris l'invitation à la session de 1987, et qu'il ne pouvait pas obtenir de son gouvernement l'autorisation de se rendre à la session à Genève. Dans aucune de ces deux lettres M. Mazilu n'a fait allusion à une maladie. Le 19 janvier 1988, le Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme a tenté d'entrer en contact avec M. Mazilu par l'intermédiaire du centre d'information des Nations Unies à Bucarest et il a adressé une invitation officielle demandant à M. Mazilu de venir au centre, à Genève, pour des consultations pendant la période de deux semaines commençant le 15 février 1988.

5. Dans une lettre non datée adressée au Secrétaire général adjoint, remise au directeur par intérim du centre d'information des Nations Unies à Bucarest le 15 janvier 1988, et reçue à Genève le 1er février 1988, M. Mazilu a déclaré qu'il avait été mis dans l'impossibilité d'avoir des contacts avec le centre pour les droits de l'homme à Genève, et qu'il avait « beaucoup souffert de cette situation intenable ». Il avait été hospitalisé deux fois et contraint, à partir du 1er décembre 1987, de se démettre de son poste au ministère des affaires étrangères. Il indiquait ensuite que, bien qu'il fût disposé à se rendre à Genève pour des consultations, les autorités roumaines avaient refusé de lui délivrer une autorisation de voyage. Il ajoutait qu'il était « prêt à se rendre au centre le 14 février de cette année ». Dans une série de six lettres datées des 5 avril, 19 avril (deux lettres portant cette date), 8 mai (deux lettres portant cette date) et 17 mai 1988, M. Mazilu a donné de nouveaux détails sur sa situation personnelle : dans la première, il a déclaré avoir opposé un refus à une commission spéciale

asking him to cable the Under-Secretary-General to say that he would not be able to prepare his report and to suggest that the task be handed over to another expert. He consistently complained that various kinds of strong pressure had been exerted on him and his family.

6. By a letter of 6 May 1988, the Under-Secretary-General for Human Rights requested the assistance of the Permanent Representative of Romania in Geneva in transmitting to Mr. Mazilu all the relevant information that he needed for the completion of his report. On the same day, the Under-Secretary-General suggested to Mr. Mazilu that he should travel to Geneva for the period extending from 30 May to 10 June 1988. By a letter dated 15 June 1988, the Under-Secretary-General informed the Permanent Representative of Romania that he had decided, as an exceptional measure, to authorize a staff member of the Centre for Human Rights to travel to Bucharest for the purpose of working with Mr. Mazilu on the draft of his report, on the understanding that Mr. Mazilu would be enabled to travel to Geneva to present his report to the Sub-Commission and participate in the ensuing debate. In a letter of 27 June 1988 the Permanent Representative of Romania, without directly responding on that point, simply referred to an offer to prepare a report on human rights and youth which had been made on 29 March 1988 to the Chairman of the Sub-Commission by a new Romanian member of the Sub-Commission for the term starting 1988, and which his Mission had transmitted to the Centre on 8 April 1988. On 1 July 1988, the Under-Secretary-General re-stated to the Permanent Representative of Romania his previous decision, which would have entailed Mr. Mazilu's paying a short visit to Geneva.

7. Mr. Mazilu, who was no longer a member of the Sub-Commission but remained entrusted with the completion of a report on human rights and youth, was once again absent when the 1988 session of the Sub-Commission opened in Geneva on 8 August 1988. Further to a decision taken at its meeting on 9 August 1988 to discuss the organization of work, a special invitation was cabled to Mr. Mazilu to come to Geneva to present his report. The telegram was not delivered, and the United Nations Information Centre in Bucharest was unable to locate Mr. Mazilu. On 15 August 1988, the Sub-Commission adopted decision 1988/102, whereby it requested the United Nations Secretary-General to establish contact with the Government of Romania. On 17 August 1988, the Under-Secretary-General informed the Sub-Commission that in those contacts the Chargé d'affaires of the Permanent Mission of Romania in New York had stated that Mr. Mazilu had been ill and had retired from the Foreign Office, so that he had been unable to proceed with his study for the report. He also made it clear that any intervention by the United Nations Secretariat and any form of investigation in Bucharest would be seen by his Government as an intervention in Romania's internal affairs. Romania held the view that the case of Mr. Mazilu was an internal

du ministère des affaires étrangères qui lui avait demandé d'envoyer un télégramme au Secrétaire général adjoint pour lui dire qu'il n'était pas en mesure d'établir son rapport et pour lui suggérer de confier cette tâche à un autre expert. Il s'est plaint constamment de ce que, sous des formes diverses, de fortes pressions avaient été exercées sur lui-même et sur sa famille.

6. Par une lettre du 6 mai 1988, le Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme a demandé au représentant permanent de la Roumanie à Genève de bien vouloir prêter son concours pour faire en sorte que M. Mazilu reçoive tous les renseignements pertinents dont il avait besoin pour achever son rapport. Le même jour, le Secrétaire général adjoint a suggéré à M. Mazilu de venir à Genève du 30 mai au 10 juin 1988. Par une lettre du 15 juin 1988, le Secrétaire général adjoint a informé le représentant permanent de la Roumanie qu'il avait décidé, à titre de mesure exceptionnelle, d'autoriser un fonctionnaire du centre pour les droits de l'homme à se rendre à Bucarest pour aider M. Mazilu à établir son rapport, à condition que M. Mazilu soit mis en mesure de se rendre à Genève pour présenter son rapport à la Sous-Commission et participer aux débats qui suivraient. Dans une lettre du 27 juin 1988, le représentant permanent de la Roumanie, sans répondre directement sur ce point, s'est simplement référé à une offre d'établir un rapport sur les droits de l'homme et la jeunesse, qui avait été faite le 29 mars 1988 au président de la Sous-Commission par un nouveau membre roumain de celle-ci dont le mandat commençait en 1988, offre que la mission roumaine avait transmise au centre le 8 avril 1988. Le 1er juillet 1988, le Secrétaire général adjoint a rappelé au représentant permanent de la Roumanie sa décision précédente aux termes de laquelle M. Mazilu aurait dû faire un bref séjour à Genève.

7. M. Mazilu, qui n'était plus membre de la Sous-Commission mais demeurait chargé d'établir un rapport sur les droits de l'homme et la jeunesse, était de nouveau absent lorsque la session de 1988 de la Sous-Commission s'est ouverte à Genève le 8 août 1988. Conformément à une décision prise le 9 août 1988 lors d'une réunion consacrée à l'organisation des travaux de la Sous-Commission, une invitation spéciale à se rendre à Genève pour présenter son rapport a été télégraphiée à M. Mazilu. Le télégramme ne lui a pas été remis et le centre d'information des Nations Unies à Bucarest n'a pu savoir où se trouvait M. Mazilu. Le 15 août 1988, la Sous-Commission a adopté la décision 1988/102 par laquelle elle priait le Secrétaire général des Nations Unies de prendre contact avec le Gouvernement roumain. Le 17 août 1988, le Secrétaire général adjoint a informé la Sous-Commission que, lors de ces contacts, le chargé d'affaires de la mission permanente de la Roumanie à New York avait déclaré que M. Mazilu était malade et avait pris sa retraite du ministère des affaires étrangères, ce qui l'avait empêché de poursuivre son étude en vue du rapport. Le chargé d'affaires avait par ailleurs clairement indiqué que toute intervention du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies et toute forme d'enquête à Bucarest seraient considérées par son gouvernement

matter between a citizen and his own Government, and for that reason no visit to Mr. Mazilu would be allowed.

*

8. It was in these circumstances that, on 1 September 1988, the Sub-Commission adopted resolution 1988/37, in which it asked the Secretary-General to "invoke [to the Government of Romania] the applicability of the Convention" and requested that Government "to co-operate fully in the implementation of the ... resolution by ensuring that Mr. Mazilu's report be completed and presented to the Sub-Commission at the earliest possible date". The Sub-Commission further requested the Secretary-General — "in the event the Government of Romania does not concur in the applicability of the provisions of the said Convention in the present case" — "to bring the difference between the United Nations and Romania immediately to the attention of the Commission on Human Rights at its [1989] session". The Sub-Commission also requested the Commission on Human Rights, "in the latter event", "to urge the Economic and Social Council to request ... from the International Court of Justice an advisory opinion on the applicability of the relevant provisions of the Convention ... to [that] case".

9. Pursuant to this resolution of the Sub-Commission, the Secretary-General, on 26 October 1988, addressed a Note Verbale to the Permanent Representative of Romania in New York in which, referring to the legal opinion given by the United Nations Legal Counsel on 23 August 1988, he invoked the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations in respect of Mr. Mazilu and requested the Romanian Government to accord the necessary facilities to Mr. Mazilu in order to enable him to complete his assigned task. As no reply was received, the Under-Secretary-General for Human Rights then sent a letter of reminder on 19 December 1988 to the Permanent Representative of Romania in Geneva.

10. On 6 January 1989, the Permanent Representative of Romania in New York handed to the United Nations Legal Counsel an Aide-Mémoire in which the Romanian Government set forth its position. Romania stated that, because of his illness and retirement, Mr. Mazilu was unable to prepare the report and that the question of the application of the Convention would not arise in his case.

*

11. On 6 March 1989, the Commission on Human Rights adopted resolution 1989/37 by which the Commission, "*[n]oting* that the Government of Romania does not concur in the applicability of the provisions of the Convention ... in the case of Mr. Mazilu", recommended a draft resolu-

comme une ingérence dans les affaires intérieures de la Roumanie. La Roumanie estimait que le cas de M. Mazilu était une affaire interne entre un citoyen et son propre gouvernement et, pour cette raison, aucune visite à M. Mazilu ne serait autorisée.

*

8. C'est dans ces circonstances que, le 1er septembre 1988, la Sous-Commission a adopté la résolution 1988/37, demandant au Secrétaire général « d'invoquer [auprès du Gouvernement roumain] l'applicabilité de la convention » et d'inviter ce gouvernement « à coopérer pleinement à l'application de la ... résolution en faisant en sorte que le rapport de M. Mazilu soit achevé et présenté à la Sous-Commission à la date la plus rapprochée possible ». La Sous-Commission priait en outre le Secrétaire général « au cas où le Gouvernement roumain ne souscrirait pas à l'applicabilité des dispositions de ladite convention dans le cas présent », « de porter cette divergence de vues entre l'Organisation des Nations Unies et la Roumanie à l'attention immédiate de la Commission des droits de l'homme à sa ... session [de 1989] ». La Sous-Commission a aussi prié la Commission des droits de l'homme, « dans cette dernière hypothèse », « de demander instamment au Conseil économique et social de solliciter de la Cour internationale de Justice ... un avis consultatif sur l'applicabilité des dispositions pertinentes de la convention ... [à ce] cas ».

9. Conformément à cette résolution de la Sous-Commission, le Secrétaire général a adressé, le 26 octobre 1988, au représentant permanent de la Roumanie à New York, une note verbale dans laquelle, se référant à l'avis juridique donné par le conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies le 23 août 1988, il invoquait la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies en ce qui concerne M. Mazilu et demandait au Gouvernement roumain d'accorder toutes les facilités nécessaires à M. Mazilu afin de lui permettre d'achever la tâche qui lui avait été confiée. Cette communication étant restée sans réponse, le Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme a adressé, le 19 novembre 1988, une lettre de rappel au représentant permanent de la Roumanie à Genève.

10. Le 6 janvier 1989, le représentant permanent de la Roumanie à New York a remis au conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies un aide-mémoire dans lequel le Gouvernement roumain définissait sa position. La Roumanie exposait que, du fait de sa maladie et de sa mise à la retraite, M. Mazilu n'était pas en mesure d'élaborer le rapport et que le problème de l'application de la convention ne se posait pas dans son cas.

*

11. Le 6 mars 1989 la Commission des droits de l'homme a adopté la résolution 1989/37 par laquelle la commission, « *[n]otant* que le Gouvernement roumain ne souscrit pas à l'applicabilité des dispositions de la convention ... dans le cas de M. Mazilu », a recommandé au Conseil éco-

tion to the Economic and Social Council for adoption. On 24 May 1989 that text became the Council's resolution 1989/75 (which is partly quoted in paragraph 1 above), without any substantive change other than the inclusion of the words "on a priority basis".

* *

12. It is clear from these three resolutions (of the Sub-Commission, the Commission and the Council) that the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities considered that the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations was applicable in the case of Mr. Mazilu, that the Commission on Human Rights considered that Romania "[did] not concur in the applicability of the provisions of the Convention", and that the Economic and Social Council concluded that "a difference [had] arisen between the United Nations and the Government of Romania as to the applicability of the Convention ... to Mr. Dumitru Mazilu as Special Rapporteur of the Sub-Commission". What, then, was the "difference [that had] arisen between the United Nations and ... Romania as to the applicability of the Convention ... to Mr. Dumitru Mazilu as Special Rapporteur"?

*

13. Firstly, it should be asked whether or not a special rapporteur of the Sub-Commission on the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities falls within the category of "Experts on Missions for the United Nations", within the meaning of Article VI, Section 22, of the Convention. The United Nations affirmed the positive view but Romania was of the view, as expressed in its Aide-Mémoire of 6 January 1989, that "the Convention does not provide for rapporteurs, whose activities are only occasional, to be treated as experts on mission for the United Nations". The Court has concluded that a person exercising that function does fall within the category of "experts on missions" (para. 55).

*

14. Secondly, in order to reply to the question on the applicability of Section 22 of the Convention in the case of Mr. Mazilu as a special rapporteur of the Sub-Commission, the Court must determine whether or not Mr. Mazilu was a special rapporteur at the time of adoption of the Council's resolution asking the Court to give an opinion (i.e., 24 May 1989), and whether he still continues to have that status. In this connection, it would also have been relevant to ask whether his mission was considered to have been completed by the organ which had entrusted it to him. Apart from the description of the background to the request for an advisory opinion

nomique et social d'adopter un projet de résolution dont le texte était joint. Le 24 mai 1989, ce texte est devenu la résolution 1989/75 du Conseil (qui est citée partiellement au paragraphe 1 ci-dessus), sans changement de fond autre que l'addition des mots « à titre prioritaire ».

* *

12. De ces trois résolutions (celles de la Sous-Commission, de la Commission et du Conseil) il ressort clairement que la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités considérait que la convention sur les privilèges et immunités de l'Organisation des Nations Unies était applicable au cas de M. Mazilu, que la Commission des droits de l'homme considérait que la Roumanie « ne souscri[vai]t pas à l'applicabilité des dispositions de la convention », et que le Conseil économique et social avait conclu qu'« une divergence de vues s'[était] élevée entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement roumain quant à l'applicabilité de la convention ... au cas de M. Dumitru Mazilu, en sa qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission ». Quelle était donc la « divergence de vues [qui s'était] élevée entre l'Organisation des Nations Unies et ... [la Roumanie] quant à l'applicabilité de la convention au cas de M. Dumitru Mazilu en sa qualité de rapporteur spécial » ?

*

13. Il faut tout d'abord se demander si un rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités entre ou non dans la catégorie des « experts en missions pour l'Organisation des Nations Unies » visée à la section 22 de l'article VI de la convention. L'Organisation des Nations Unies a affirmé que oui mais la Roumanie a exprimé, dans son aide-mémoire du 6 janvier 1989, le point de vue que « la convention ne comporte pas une assimilation des rapporteurs, dont les activités ne sont qu'occasionnelles, aux experts en missions pour les Nations Unies ». La Cour a conclu qu'une personne exerçant cette fonction relève effectivement de la catégorie des « experts en missions » (par. 55).

*

14. Deuxièmement, pour répondre à la question de l'applicabilité de la section 22 de la convention au cas de M. Mazilu en sa qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission, la Cour devait déterminer si M. Mazilu était ou non rapporteur spécial à l'époque de l'adoption de la résolution du Conseil par laquelle la Cour a été priée de donner un avis (c'est-à-dire le 24 mai 1989) et s'il l'est encore. A cet égard, il aurait aussi été utile de se demander si sa mission a été considérée comme achevée par l'organe qui la lui avait confiée. Hormis l'exposé de la genèse de la demande d'avis consultatif et des faits ultérieurs (par. 9-26), l'avis de la Cour

and of the ensuing events (paras. 9-26), the Court's Opinion makes scarcely any reference to Romania's position on this aspect of the question, except by recording its allegation that Mr. Mazilu was incapable of "carry[ing] out his mandate as special rapporteur" (para. 58).

15. In its Aide-Mémoire of 6 January 1989, Romania stated that

> "In 1987, Mr. Mazilu became gravely ill with a serious heart ailment and was repeatedly hospitalized over a period of several months. In November 1987, as a result of this illness, he personally applied for disability pension and furnished the necessary medical certificates. In accordance with Romanian law, he was examined by a medical commission which decided that he should be pensioned off on grounds of ill health for an initial period of one year.
>
> . . . . . .
>
> [Q]uite recently, at the end of his first year on a disability pension, he was subjected to a further examination by a similar medical commission, which decided to extend his retirement on grounds of ill health."

While it did not exactly say as much, the Government of Romania undoubtedly considered that Mr. Mazilu was no longer a special rapporteur towards the end of 1987. One may take it that its holding this position was confirmed by the transmission by the Permanent Mission of Romania, on 8 April 1988, of an offer by a newly elected member from Romania to undertake the preparation of the report (see para. 5, above). Romania's position was reiterated in its written statement presented to the Court on 24 July 1989, in which the Court was told that

> "During the month of May 1987 [Mr. Mazilu] fell seriously ill and, for that reason and at his request he was, from 1 December 1987, withdrawn from office as being unfit for service. In 1988, a medical commission, acting in accordance with current Romanian legislation, proceeded to re-examine Mr. Dumitru Mazilu's state of health and decided to extend his retirement for a further one-year period on the grounds of continued unfitness for service.
>
> . . . . . .
>
> At the time of his retirement he had not even begun to draw up the report in question." (Written statement of Romania, p. 7.)

16. The United Nations adopted a different position. On 1 July 1988, the Under-Secretary-General for Human Rights stated in a letter to the Permanent Representative of Romania (which referred to the offer of assistance made by the new Romanian member) that

> "Professor Mazilu's mandate comes from a decision by the Sub-Commission in its resolution 1985/12 [to prepare the report on the

ne fait guère référence à la position de la Roumanie sur cet aspect de la question, si ce n'est en relevant son allégation selon laquelle M. Mazilu était dans l'incapacité de « remplir son mandat de rapporteur spécial » (par. 58).

15. Dans son aide-mémoire du 6 janvier 1989, la Roumanie a déclaré que :

> « En 1987, M. Mazilu est tombé gravement malade, [souffrant d']une sérieuse maladie de cœur et a été hospitalisé à maintes reprises, durant plusieurs mois. En novembre 1987, il a personnellement soumis une demande de mise à la retraite pour incapacité de travail, à cause de cette maladie, tout en fournissant des certificats médicaux appropriés... Conformément à la loi roumaine, il a été examiné par une commission de médecins qui a décidé sa mise à la retraite pour cause de maladie, pour une durée initiale d'une année.
>
> . . . . . .
>
> [r]écemment, à la fin d'une première année de retraite [pour raison] médicale, il a fait l'objet d'un nouvel examen devant une commission similaire de médecins qui a décidé de prolonger sa retraite pour cause de maladie. »

Bien qu'il ne soit pas allé jusqu'à le dire expressément, le Gouvernement roumain a sans doute considéré que M. Mazilu n'était plus rapporteur spécial vers la fin de 1987. On peut estimer que cette prise de position a été confirmée par la transmission, le 8 avril 1988, par la mission permanente de Roumanie, d'une proposition faite par un membre roumain nouvellement élu d'entreprendre l'établissement du rapport (voir par. 5 ci-dessus). La position de la Roumanie a été réaffirmée dans son exposé écrit présenté à la Cour le 24 juillet 1989 dans lequel il était dit que :

> « Pendant le mois de mai 1987 [M. Mazilu] est tombé gravement malade, raison qui a conduit, sur sa demande, à sa mise à la retraite pour incapacité de travail, à partir du 1er décembre 1987. En 1988, une commission médicale a, conformément aux lois roumaines en vigueur, réexaminé l'état de santé de M. Dumitru Mazilu et a décidé de prolonger pour une nouvelle année sa mise à la retraite pour incapacité de travail.
>
> . . . . . .
>
> Au moment de sa retraite, il n'avait même pas commencé à rédiger le rapport en question. » (Exposé écrit de la Roumanie, p. 7.)

16. L'Organisation des Nations Unies a adopté une position différente. Le 1er juillet 1988, le Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme a rappelé, dans une lettre adressée au représentant permanent de la Roumanie (faisant référence à l'offre d'assistance faite par le nouveau membre roumain), que :

> « M. Mazilu tient son mandat [d'établir le rapport sur le sujet] d'une décision de la Sous-Commission énoncée dans sa résolu-

subject] and it would be within the competence only of the Sub-Commission, or a higher policy-making body, to change that designation".

17. Here, the essential question examined by the Court was whether Mr. Mazilu, in spite of his desire to maintain his status as a special rapporteur of the Sub-Commission, had lost that status owing to a decision made by the Romanian Government — or, in other words, whether the Romanian Government could have deprived him of the status of a special rapporteur of the Sub-Commission for whatever reasons. I share the view of the Court that "Mr. Mazilu continues to have the status of special rapporteur" — a conclusion that it reaches at the very end of its Opinion, that is, in paragraph 60.

*

18. Thirdly, while the Court has not been asked to give a general opinion on the range of privileges and immunities enjoyed by a special rapporteur of the Sub-Commission or an expert on a mission for the United Nations (or, in other words, to say what kind of privileges he is entitled to receive, and to specify when, where and whether he is entitled to judicial immunities before the courts or other immunities elsewhere, at home or abroad), the question put by the Economic and Social Council does imply some requirement of attention to the material consequences of Mr. Mazilu's entitlement to the benefit of Article VI, Section 22, of the Convention.

19. The Government of Romania adverted to these matters in its Aide-Mémoire of 6 January 1989, and its position therein may best be expressed by quoting from its written statement:

> "Even if rapporteurs are to some extent seen as having the status of experts of the United Nations, ... Section 22, of the Convention ... make[s] it clearly apparent that an expert is not accorded such privileges and immunities anywhere and everywhere, but only in the country to which he is sent on mission and during the time spent on the mission, and also in the countries through which he must transit when travelling to meet the requirements of the mission. In the same way, the privileges and immunities only come into existence from the expert's time of departure, when he travels to accomplish the mission. In so far as the expert's journey to carry out the mission for the United Nations has not begun, for reasons entirely unconnected with his activity as an expert, there is no legal basis upon which to lay claim to privileges and immunities under the Convention, regardless of whether he is in his country of residence or in another country, in a capacity other than that of an expert.
>
> In the country of which he is a citizen, in the country where he has his permanent residence, or in other countries where he may be for reasons unconnected with the mission in question, the expert is only accorded privileges and immunities in relation to the content of the

tion 1985/12, et seule la Sous-Commission, ou un organe de niveau plus élevé, serait habilitée à modifier cette désignation. »

17. Ici, la question essentielle examinée par la Cour était de savoir si M. Mazilu, malgré sa volonté de conserver son statut de rapporteur spécial de la Sous-Commission, avait perdu ce statut par suite d'une décision prise par le Gouvernement roumain — ou, en d'autres termes, si le Gouvernement roumain avait pu le priver du statut de rapporteur spécial de la Sous-Commission pour une quelconque raison. Je partage le point de vue de la Cour selon lequel « M. Mazilu continue à avoir la qualité de rapporteur spécial » — conclusion qu'elle formule tout à la fin de son avis, au paragraphe 60.

*

18. Troisièmement, si la Cour n'a pas été invitée à donner un avis général sur la gamme des privilèges et immunités dont jouit un rapporteur spécial de la Sous-Commission ou un expert en mission pour l'Organisation des Nations Unies — en d'autres termes, à dire quel type de privilèges il a le droit de recevoir, ni à préciser quand, où et si il a le droit de bénéficier d'immunités judiciaires devant les tribunaux ou d'autres immunités ailleurs, dans son pays ou à l'étranger —, la question posée par le Conseil économique et social exige, dans une certaine mesure, que soient examinées les conséquences matérielles du droit qu'a M. Mazilu de bénéficier des dispositions de la section 22 de l'article VI de la convention.

19. Le Gouvernement roumain a fait allusion à ces questions dans son aide-mémoire du 6 janvier 1989, et sa position à cet égard ne peut être mieux exprimée que par l'extrait suivant de son exposé écrit :

> « Même si on reconnaît partiellement aux rapporteurs le statut des experts des Nations Unies ... la section 22 ... de la convention [fait] ressortir clairement qu'un expert ne jouit pas de privilèges et immunités n'importe où et n'importe quand, mais uniquement dans le pays où il est envoyé en mission, et seulement pendant la durée de celle-ci, de même que dans les pays de transit, lors des voyages requis par la mission. De même, les privilèges et les immunités ne peuvent courir que du moment du départ de l'expert en voyage pour accomplir la mission. Pour autant que le voyage de l'expert aux fins d'accomplir la mission pour l'Organisation des Nations Unies n'ait pas commencé, et cela pour des raisons qui n'ont aucun lien avec son activité d'expert, il n'y a nul fondement juridique pour prétendre [à] des privilèges et immunités conformément à la convention, sans égard au fait qu'il se trouve dans son pays de résidence où dans un autre pays, dans une qualité autre que celle d'expert.
>
> Dans le pays dont il possède la citoyenneté, dans le pays où il a sa résidence permanente, ou dans d'autres pays où il pourrait se trouver en dehors de la mission respective, l'expert ne jouit de privilèges et immunités qu'en ce qui concerne le contenu de l'activité déployée au

activity in which he engages during his mission (including his spoken and written communications)." (Written statement of Romania, p. 6.)

20. The United Nations clearly took another view, as can be seen from the Note Verbale of 26 October 1988 from the Secretary-General to the Permanent Representative of Romania, in which the Secretary-General maintained that under Section 22 of the Convention Mr. Mazilu should have been

> "enabled to establish personal contact with the Under-Secretary-General for Human Rights in order that the Centre for Human Rights might accord to Mr. Mazilu the assistance he require[d]".

In his written statement presented to the Court on 31 July 1989, the Secretary-General referred to his Note Verbale of 26 October 1988,

> "in which he invoked the General Convention in respect of Mr. Mazilu and requested the Romanian Government to accord Mr. Mazilu the necessary facilities, including travel to Geneva, in order to enable him to complete his assigned task" (written statement of the United Nations Secretary-General, para. 24).

21. The Advisory Opinion states, in general terms, that

> "the intent of Section 22 is to ensure the independence of such experts in the interests of the Organization by according them the privileges and immunities necessary for the purpose. In some cases these privileges and immunities are designed to facilitate the travel of experts and their stay abroad, for instance those concerning seizure or searching of personal baggage. In other cases, however, they are of a far more general nature, particularly with respect to communications with the United Nations or the inviolability of papers and documents. Accordingly, Section 22 is applicable to every expert on mission, whether or not he travels." (Para. 50.)
>
> "The privileges and immunities of Article . . . VI are conferred with a view to ensuring the independence of international officials and experts in the interests of the Organization. This independence must be respected by all States including the State of nationality and the State of residence." (Para. 51.)

Though correct, these pronouncements nevertheless do not seem to focus sufficiently upon the essential aspects of the concrete *case* of Mr. Mazilu, including the fact that he was unable to receive documentation from, enter into contact with, or be approached by the United Nations Centre for Human Rights in Geneva and was prevented by his Government from travelling to Geneva for consultations with the Centre or for the purpose of presenting a report to the Sub-Commission. Confirmation of Mr. Mazilu's possession of a general status conferring privileges and immunities does not, in my view, exhaust the Court's remit.

cours de sa mission (y compris ses paroles et écrits).» (Exposé écrit de la Roumanie, p. 6.)

20. L'Organisation des Nations Unies a pris une tout autre position, comme cela ressort de la note verbale du 26 octobre 1988 adressée par le Secrétaire général au représentant permanent de la Roumanie, dans laquelle le Secrétaire général affirmait que, en vertu de la section 22 de la convention, M. Mazilu aurait dû avoir

«la possibilité ... d'établir des contacts personnels avec le Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme afin que le centre pour les droits de l'homme puisse lui accorder l'assistance dont il aura[it] besoin».

Dans son exposé écrit présenté à la Cour le 31 juillet 1989, le Secrétaire général s'est référé à sa note verbale du 26 octobre 1988

«dans laquelle il invoquait la convention générale dans le cas de M. Mazilu et priait le Gouvernement roumain d'accorder à celui ci les facilités nécessaires, notamment pour effectuer un voyage à Genève afin qu'il puisse achever la tâche qui lui avait été confiée» (exposé écrit du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, par. 24).

21. Dans son avis consultatif, la Cour a déclaré, en termes généraux, que :

«la section 22 entend assurer dans l'intérêt de l'Organisation l'indépendance de ces experts en leur accordant les privilèges et immunités nécessaires à cet effet Ces privilèges et immunités tendent dans certains cas à faciliter le voyage des experts et leur séjour à l'étranger, par exemple en ce qui concerne la saisie ou la fouille des bagages personnels. Mais, dans d'autres cas, ils ont un caractère beaucoup plus général, en particulier pour ce qui est des communications avec l'Organisation des Nations Unies ou de l'inviolabilité des papiers et documents. Dans ces conditions, la section 22 est applicable à tout expert en mission, qu'il soit ou non en déplacement.» (Par. 50.)

«Les privilèges et immunités accordés par les articles ... et VI le sont en vue d'assurer l'indépendance des fonctionnaires internationaux et des experts dans l'intérêt de l'Organisation. Cette indépendance doit être respectée par tous les Etats, y compris par l'Etat de la nationalité et celui de la résidence.» (Par. 51.)

Ces affirmations sont justes, mais elles ne semblent pas s'attacher suffisamment aux aspects essentiels du *cas* concret de M. Mazilu, notamment au fait qu'il lui a été impossible de recevoir de la documentation du centre des Nations Unies pour les droits de l'homme à Genève, d'entrer en relation avec ce centre, ou d'être joint par lui, et qu'il a été empêché par son gouvernement de se rendre à Genève aux fins de consultations avec le centre ou pour présenter un rapport à la Sous-Commission. La confirmation que M. Mazilu possède un statut général qui lui confère des privilèges et immunités n'épuise pas, à mon avis, la question portée devant la Cour.

22. It may be contended that the Court has merely been asked to give its opinion "on the legal question of the *applicability* of Article VI, Section 22, of the Convention" (emphasis added), not to consider the matter of its *application*. I am conscious of the Secretary-General's written statement, referred to in the opinion of the Court, to the effect that:

> "the Court . . . has not been asked about the consequences of [the] applicability [of Section 22 of the Convention], that is about what privileges and immunities Mr. Mazilu might enjoy as a result of his status and whether or not these had been violated" (written statement of the United Nations Secretary-General, para. 2),

and appreciate that the Legal Counsel, as the representative of the Secretary-General, stated during the oral proceedings that:

> "the [Economic and Social] Council merely addressed a preliminary legal question to the Court, which appears designed to clarify at most the general status of Mr. Mazilu in respect of the Convention without resolving the entire issue that evidently separates the United Nations and the Government".

While this may theoretically justify contenting oneself with a mere statement that Article VI, Section 22, is applicable to Mr. Mazilu as a special rapporteur falling within the category of "experts on missions for the United Nations", it is not, in my view, possible to determine the *applicability* of a provision to a concrete case without adequate reference to the way in which it may apply. In this respect, the Court simply states, in very general terms, that:

> "[rapporteurs and special rapporteurs] enjoy, in accordance with Section 22, the privileges and immunities necessary for the exercise of their functions, and in particular for the establishment of any contacts which may be useful for the preparation, the drafting and the presentation of their reports to the Sub-Commission" (para. 55).

23. In my view the Court should not have neglected to recount and deal explicitly with the way in which Mr. Mazilu, in Romania, was isolated from contacts with the United Nations Centre for Human Rights in Geneva and prevented from travelling to Geneva for the completion of the task entrusted to him by the United Nations, because these aspects are fundamental to the case of Mr. Mazilu which the Court has been requested to examine.

* *

24. In conclusion, I believe that, bearing in mind the necessity that the Court's "participation in the activities of the Organization" (*I.C.J. Reports 1950*, p. 71) should be as useful as possible, the final paragraph of the Opinion could have been slightly expanded, without trenching upon con-

22. On peut soutenir qu'il a simplement été demandé à la Cour de donner son avis « sur la question juridique de l'*applicabilité* de la section 22 de l'article VI de la convention » (les italiques sont de moi), sans envisager la question de son *application*. Je sais que l'exposé écrit du Secrétaire général, visé dans l'avis de la Cour, précise que :

> « la demande adressée à la Cour concerne ... non les conséquences de [l']applicabilité [de la section 22 de la convention], c'est-à-dire la nature des privilèges et immunités dont M. Mazilu pourrait bénéficier en conséquence de son statut et la question de savoir s'il a été porté atteinte à ces privilèges et immunités » (exposé écrit du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, par. 2),

et je n'ignore pas que le conseiller juridique, en tant que représentant du Secrétaire général, a affirmé au cours de la procédure orale que :

> « [le] Conseil [économique et social] ... a simplement posé une question juridique préliminaire à la Cour, qui semble destinée à préciser tout au plus la situation de M. Mazilu vis-à-vis de la convention, mais sans résoudre l'ensemble du litige qui oppose manifestement l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement roumain ».

Théoriquement, cela pourrait justifier que l'on se borne à une simple affirmation que la section 22 de l'article VI est applicable à M. Mazilu en sa qualité de rapporteur spécial relevant de la catégorie des « experts en missions pour l'Organisation des Nations Unies », mais il n'est pas possible, à mon avis, de déterminer l'*applicabilité* d'une disposition à un cas concret sans se référer de façon adéquate à la manière dont elle peut s'appliquer. A cet égard, la Cour énonce simplement, en termes très généraux, que :

> « [les rapporteurs et rapporteurs spéciaux] jouissent..., conformément à la section 22, des privilèges et immunités nécessaires pour exercer leurs fonctions, et en particulier pour établir tous contacts utiles à la préparation, à la rédaction et à la présentation de leur rapport à la Sous-Commission » (par. 55).

23. A mon avis, la Cour n'aurait pas dû négliger de relater et de traiter expressément la façon dont M. Mazilu, en Roumanie, a été privé de tout contact avec le centre des Nations Unies pour les droits de l'homme à Genève et empêché de se rendre à Genève pour exécuter la mission dont il avait été chargé par l'Organisation des Nations Unies, parce qu'il s'agit là d'aspects essentiels du cas de M. Mazilu, que la Cour a été priée d'examiner.

* *

24. En conclusion, j'estime que, eu égard à la nécessité que la « participation de la Cour ... à l'action de l'Organisation » (*C.I.J. Recueil 1950*, p. 71) soit aussi utile que possible, le dernier paragraphe de l'avis aurait pu être un peu plus développé, sans aborder des points de fait litigieux. Au

tentious matters of fact. Instead of giving a bald affirmative answer, it should have stated more explicitly: firstly, that a special rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities falls within the category of "Experts on Missions for the United Nations"; secondly, that Mr. Mazilu was, at the time of the request for the opinion by the Economic and Social Council, a special rapporteur of the Sub-Commission and that he still exercises that function; and, finally, that Mr. Mazilu was, in the interest of the United Nations, entitled to receive from all parties to the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, including his national State, all facilities within their power for the fulfilment of his mission. If the Court had made such a pronouncement, it would usefully have drawn attention to the necessity of allowing Mr. Mazilu unimpeded communication with and access to the United Nations Centre for Human Rights.

(Signed) Shigeru ODA.

lieu de donner une simple réponse affirmative, il aurait dû énoncer de manière plus explicite: premièrement, qu'un rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités entre dans la catégorie des « experts en missions pour l'Organisation des Nations Unies »; deuxièmement, que M. Mazilu était, au moment de la demande d'avis du Conseil économique et social, un rapporteur spécial de la Sous-Commission et qu'il exerce encore cette fonction et, enfin, que M. Mazilu a le droit, dans l'intérêt de l'Organisation des Nations Unies, de recevoir de toutes les parties à la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, y compris de l'Etat dont il a la nationalité, toutes les facilités qui sont en leur pouvoir, pour remplir sa mission. Si la Cour s'était prononcée dans ce sens, elle aurait utilement appelé l'attention sur la nécessité de permettre à M. Mazilu de communiquer librement avec le centre des Nations Unies pour les droits de l'homme et d'avoir accès à celui-ci.

(Signé) Shigeru ODA.

SEPARATE OPINION OF JUDGE EVENSEN

I fully agree with the Advisory Opinion of the Court but have some additional views on one special aspect thereof. The Opinion states in paragraph 14 that "strong pressure had been exerted on him [Mr. Mazilu] and on his family".

Thus in his letter of 5 April 1988 to Mr. Martenson, United Nations Under-Secretary-General for Human Rights, Mr. Mazilu maintains that "unfortunately, a strong pressure on me and on my family continues in order to sign such a paper". The paper here referred to is a letter of resignation as rapporteur on the topic assigned to him on "Human rights and youth". In a letter of 19 April 1988 to the Chairman of the relevant United Nations Sub-Commission he also complains that his own Government "did everything possible to discourage me to prepare it [the report]".

As special incidents of such pressures Mr. Mazilu mentions in his letter of 8 May 1988 that: ' Since 15 February 1988 more than twenty policemen are following me, my wife and my son day and night."

In his letters he mentions as additional concrete examples of such harassments that his "access to the UN Information centre in Bucharest was blocked" and his "telephone has been disconnected".

However, the sole question put to the Court in the request of ECOSOC is "the legal question of the applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities". Thus the Court has not been requested to express itself on concrete violations of these provisions. But it seems evident that the pressures exerted have caused concern and hardship not only to Mr. Mazilu but also to his family. It seems obvious that the protection provided for in Article VI, Section 22, of the 1946 Convention cannot be confined only to the "expert Mazilu" but must apply to a reasonable extent to his family. This seems self-evident and has been touched upon in one special relation in Article V, Section 18 *(d)*, of the Convention. It states that officials of the United Nations shall "be immune, together with their spouses and relatives dependent on them, from immigration restrictions and alien registration".

However, this provision is one concrete expression of a basic general principle. The integrity of a person's family and family life is a basic human right protected by prevailing principles of international law which derive not only from conventional international law or customary

OPINION INDIVIDUELLE DE M. EVENSEN

[Traduction]

J'approuve entièrement l'avis consultatif donné par la Cour, mais je voudrais ajouter certaines vues complémentaires sur un aspect particulier de la question. Il est dit au paragraphe 14 de l'avis que M. Mazilu a « subi, ainsi que sa famille, de fortes pressions ».

Ainsi, dans la lettre qu'il a adressée le 5 avril 1988 à M. Martenson, Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme, M. Mazilu affirme que « malheureusement, de fortes pressions continuent d'être exercées sur moi et ma famille pour que je signe un tel télégramme ». Le télégramme dont il s'agit devait annoncer qu'il renonçait à établir le rapport sur « les droits de l'homme et la jeunesse » dont il était chargé. Dans une lettre du 19 avril 1988 adressée au président de la Sous-Commission concernée de l'Organisation des Nations Unies, il s'est aussi plaint que son gouvernement « faisait tout pour [le] dissuader de l'établir [son rapport] ».

Comme exemple particulier de ces pressions, M. Mazilu indique dans sa lettre du 8 mai 1988 que : « depuis le 15 février 1988, une vingtaine de policiers me suivent, ainsi que ma femme et mon fils, jour et nuit ».

Dans ses lettres, M. Mazilu mentionne, comme autres exemples concrets de tracasseries, qu'il a été « empêché d'entrer au centre d'informations des Nations Unies à Bucarest » et que son « téléphone a été débranché ».

Or, l'unique question posée à la Cour dans la requête du Conseil économique et social est « la question juridique de l'applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités ». La Cour n'a donc pas été priée de se prononcer sur des violations concrètes de ces dispositions. Mais il semble évident que les pressions exercées ont causé des inquiétudes et des épreuves non seulement à M. Mazilu mais aussi à sa famille. Il paraît clair que la protection prévue à la section 22 de l'article VI de la convention de 1946 ne peut être limitée au seul « expert Mazilu » mais doit s'appliquer, dans une mesure raisonnable, à sa famille. Cette considération paraît aller de soi et une disposition spéciale de la section 18 de l'article V de la convention en aborde un aspect. Cette disposition prévoit que les fonctionnaires de l'Organisation des Nations Unies « *d)* ne seront pas soumis, non plus que leurs conjoints et les membres de leur famille vivant à leur charge, aux dispositions limitant l'immigration et aux formalités d'enregistrement des étrangers ».

Cette disposition particulière est toutefois l'expression concrète d'un principe général fondamental. Pour chacun l'intégrité de la famille et de la vie familiale est un droit fondamental de l'homme protégé par les principes en vigueur du droit international qui découlent non seulement du

international law but from "general principles of law recognized by civilized nations".

Thus in the Universal Declaration of Human Rights adopted by the United Nations General Assembly on 10 December 1948 the integrity of family and family life was laid down as a basic human right in Article 16, paragraph 3, as follows: "The family is the natural and fundamental group unit of society and is entitled to protection by society and the State." This principle, which is a concrete expression of an established principle of human rights in the modern law of nations, has been similarly expressed in other international law instruments. Thus the European Convention on Human Rights (the Rome Convention) of 4 November 1950 provides in Article 8, paragraph 1: "Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence."

The respect for a person's family and family life must be considered as integral parts of the "privileges and immunities" that are necessary for "the independent exercise of their functions" under Article VI, Section 22, of the 1946 Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations.

(Signed) Jens EVENSEN.

droit international conventionnel ou du droit international coutumier, mais aussi des « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ».

Ainsi, dans la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948, l'intégrité de la famille et de la vie familiale a été présentée sous forme d'un droit fondamental de l'homme, au paragraphe 3 de l'article 16, dans les termes suivants: « La famille est l'élément naturel et fondamental de la société et a droit à la protection de la société et de l'Etat. » Cette disposition, qui est l'expression concrète d'un principe fondamental des droits de l'homme dans le droit des gens contemporain, a été énoncée de façon analogue dans d'autres instruments de droit international. Ainsi le paragraphe 1 de l'article 8 de la convention des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (la convention de Rome) dispose que: « toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ».

Le respect de la famille et de la vie familiale doit être considéré comme faisant partie des « privilèges et immunités » dont les experts ont besoin « pour exercer leurs fonctions en toute indépendance », comme il est dit à la section 22 de l'article VI de la convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies.

(Signé) Jens EVENSEN.

SEPARATE OPINION OF JUDGE SHAHABUDDEEN

I have voted in favour of the Advisory Opinion but consider it necessary to explain my position on four aspects. These relate to: (i) the priority basis of the request; (ii) Romania's reservation to the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, 1946; (iii) Romania's case relating to Mr. Mazilu's state of health; and (iv) the applicability of the Convention to enable an expert to leave his State of nationality or residence in connection with his mission.

I. The Priority Basis of the Request

The first aspect concerns the Order of Court of 14 June 1989, as referred to in paragraph 3 of the Advisory Opinion. As appears from the Order, "in fixing time-limits for the proceedings" it was found "necessary to bear in mind that the request for opinion was expressed to be made 'on a priority basis'" (*I.C.J. Reports 1989*, p. 10). The dossier shows that the introduction of those last four quoted words in the formulation of the request was the subject of specific challenge in the proceedings of ECOSOC on the ground "that the Council was not empowered to give the Court guidelines with regard to priorities when it did not know what other questions the Court had before it . . ." (Dossier, doc. No. 98, p. 2, *per* Mr. Mikulka, Czechoslovakia, May 1989). I do not think that the challenge was well founded, but it does raise a point of sufficient importance to require me to say that, in my opinion, it is always for the Court, while giving due and proper weight to any representations by a requesting body, to decide in its own discretion whether the circumstances of any particular case justify a priority hearing. The question has been helpfully noticed by the commentators, but I would like to state an approach limited to the level of certain general principles.

As is suggested by the case of the *Trial of Pakistani Prisoners of War, Interim Protection* (*I.C.J. Reports 1973*, p. 330, paras. 10-14), the eligibility of a new case to be heard in priority to other pending cases presupposes urgency, and the Court remains competent to adjudicate on urgency even where a case formally falls within a category of priority prescribed by the Rules of Court. This, I apprehend, is because of the overriding judicial character of the Court as established by the Charter and the Statute, with

OPINION INDIVIDUELLE DE M. SHAHABUDDEEN

[Traduction]

J'ai voté en faveur de l'avis consultatif, mais j'estime nécessaire d'expliquer ma position sur les quatre points suivants : i) la base sur laquelle priorité a été donnée à la requête ; ii) la réserve de la Roumanie à la convention de 1946 sur les privilèges et immunités des Nations Unies ; iii) la thèse de la Roumanie concernant l'état de santé de M. Mazilu ; iv) l'applicabilité de la convention pour permettre à un expert de quitter son pays de nationalité ou de résidence dans le cadre de sa mission.

I. La base sur laquelle priorité a été donnée à la requête

Le premier point concerne l'ordonnance de la Cour en date du 14 juin 1989 à laquelle il est fait référence au paragraphe 3 de l'avis consultatif. Comme le dit l'ordonnance, « pour fixer les délais de procédure » il a été jugé « nécessaire de tenir compte du fait que la requête pour avis consultatif a été expressément présentée « à titre prioritaire » (*C.I.J. Recueil 1989*, p. 10). Il ressort du dossier que l'introduction de ces trois derniers mots dans l'énoncé de la requête a été expressément contestée lors de la délibération du Conseil économique et social, au motif « que le Conseil n'a pas à donner de directives à la Cour en matière de priorités alors qu'il ignore les autres questions dont la Cour est saisie... » (pièce n° 98, p. 2, intervention de M. Mikulka (Tchécoslovaquie), mai 1989). Je ne crois pas que cette contestation était bien fondée, mais elle soulève tout de même une question suffisamment importante pour m'obliger à dire que, à mon avis, tout en accordant tout le poids qui convient à ce que demande un organe requérant, c'est toujours à la Cour qu'il appartient de décider, en vertu du pouvoir discrétionnaire qui est le sien, si les circonstances d'une affaire particulière justifient qu'elle soit examinée en priorité. Cette question a fait l'objet d'intéressantes observations en doctrine, mais je voudrais m'en tenir ici à certains principes généraux.

Comme le suggère l'affaire relative au *Procès de prisonniers de guerre pakistanais, mesures conservatoires* (*C.I.J. Recueil 1973*, p. 330, par. 10-14), la possibilité pour une nouvelle affaire d'être examinée en priorité par rapport à d'autres affaires pendantes présuppose l'urgence, et la Cour demeure compétente pour se prononcer sur l'urgence même lorsqu'une affaire entre formellement dans une catégorie prioritaire visée par le Règlement de la Cour. Cela tient, me semble-t-il, au caractère judiciaire souverain de la Cour tel qu'il a été établi par la Charte et par le Statut,

both of which the Rules of Court must of course conform in their provisions, as well as in their interpretation and operation.

As I read the *travaux préparatoires* relating to the establishment of the Permanent Court of International Justice, they show that, in contradistinction to the Permanent Court of Arbitration accommodated under the same roof, the former was intended to be a court of justice as normally understood. That key concept, though derived from municipal law, was intended to be generally controlling and, indeed, its primacy has been repeatedly affirmed both by that Court and by this. The chief characteristic of a court of justice is that it is invested with judicial power. In the normal case, some external agency possessed of appropriate legislative competence over the jurisdiction of a court, or, failing that (as in this case), the machinery competent to amend the constitution of the court, may well have authority to modify the extent of the court's original endowment of judicial power; but, however that may be, the court itself is powerless to alienate any part of its grant. Even when account is taken of the usual caution relating to the transposition of municipal law concepts to the plane of international law, it seems unpersuasive to appeal to the international status of an international court of justice to suggest that on so fundamental a matter such a court is exempt from the restraints applicable to courts of justice as generally understood.

A decision to hear a new case in priority to other pending cases has consequences both for the hearing of the new case and for that of the others, and hence for the good administration of justice. Such a decision pertains to, and forms part of, the Court's judicial power. Accordingly, the Court's rule-making competence would not embrace the transfer to a party or to an entity in an analogous position, of any part of the power of the Court to determine questions relating to priority (the right to submit any views being another matter). This would be so even in an advisory case, given the essential judicial character of the Court. True, in such cases "the reply of the Court, itself an 'organ of the United Nations', represents its participation in the activities of the Organization" (*Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, I.C.J. Reports 1950*, p. 71); but, of course, it is as a court of justice that the Court participates. The Court no doubt has autonomy in the exercise of its rule-making competence; but, however extensive its autonomy, its competence is not unbounded. A clear and definite limit is discovered by the reflection that, however generously it may be construed, the Court's rule-making competence was intended to be used for the purpose of regulating the exercise of the Court's judicial power, not for the purpose of disposing of it. The Rules of Court are made, and are intended to be read, on the basis of this understanding. The Court remains free, therefore, to determine the need for priority in all cases.

deux textes auxquels le Règlement de la Cour doit à l'évidence se conformer, tant dans ses dispositions que dans son interprétation et sa mise en œuvre.

A la lecture, les travaux préparatoires relatifs à la création de la Cour permanente de Justice internationale montrent que, à la différence de la Cour permanente d'arbitrage installée sous le même toit, la première était destinée à être une cour de justice au sens où on l'entend normalement. Ce concept fondamental, quoique dérivé du droit interne, était considéré comme ayant une valeur générale et dominante, et d'ailleurs sa primauté a été affirmée à maintes reprises aussi bien par l'ancienne Cour que par la Cour actuelle. La principale caractéristique d'une cour de justice est qu'elle est investie d'un pouvoir judiciaire. D'ordinaire, il se peut qu'une instance externe, dotée d'un pouvoir législatif approprié s'étendant à la compétence d'un tribunal ou, à défaut, comme c'est le cas en l'espèce, que le mécanisme pouvant modifier son statut ait autorité pour modifier l'étendue du pouvoir judiciaire attribué à l'origine à ce tribunal; mais, quoi qu'il en soit, il est impossible au tribunal lui-même d'aliéner une part quelconque du pouvoir qui lui est dévolu. Même si l'on observe la prudence requise lorsqu'on transpose des notions de droit interne au plan du droit international, il semble peu convaincant d'invoquer le caractère international d'une cour de justice pour laisser entendre que, sur une question aussi fondamentale, cette cour échappe aux contraintes qui s'imposent à la généralité des tribunaux.

La décision d'examiner une affaire en priorité a des conséquences tant pour l'examen de cette nouvelle affaire que pour celui des autres affaires pendantes, et par conséquent pour la bonne administration de la justice. Une telle décision participe de l'exercice du pouvoir judiciaire de la Cour. Par conséquent, la compétence de la Cour pour régler sa propre procédure ne peut aller jusqu'à lui permettre de transférer à une partie ou à une entité placée dans une position analogue une part quelconque du pouvoir qu'a la Cour de décider des questions de priorité (le droit pour les parties de présenter leurs vues étant une autre question). Il en est ainsi même dans une affaire consultative, vu le caractère essentiellement judiciaire de la Cour. Certes, en pareil cas, « la réponse constitue une participation de la Cour, elle-même « organe des Nations Unies », à l'action de l'Organisation » (*Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, C.I.J. Recueil 1950*, p. 71); mais bien entendu c'est en tant que cour de justice que la Cour y participe. Assurément la Cour a une autonomie dans l'exercice de sa compétence réglementaire; mais si grande que soit cette autonomie, sa compétence n'est pas illimitée. Elle trouve une limite claire et précise dans cette considération que, si largement qu'on l'interprète, la compétence réglementaire de la Cour est destinée à être utilisée pour réglementer l'exercice de son pouvoir judiciaire, et non pour s'en défaire. Les dispositions du Règlement de la Cour ont été élaborées et doivent être interprétées sur cette base. La Cour demeure donc libre de déterminer, dans chaque cas, s'il y a lieu d'accorder une priorité.

II. The Romanian Reservation to the General Convention

Paragraphs 29 to 36 of the Advisory Opinion deal with Romania's contention that the absence of its consent bars recourse to the advisory jurisdiction of the Court under Article 96 of the Charter. As the Advisory Opinion suggests, Romania logically can only be taking that position if it is also taking the position that its reservation to Section 30 of the General Convention is applicable to the Charter so as to impose a requirement for consent as a pre-condition to recourse to that jurisdiction. I agree with the Court in not accepting this contention but would like to give my reasons.

Aside from the question whether the Charter admits of reservations and apart from the difficulty presented by the notion of a reservation being made to a treaty (in this case, the Charter) by a State after it has become a party to the treaty, it seems to me that the idea of a reservation to one treaty operating also as a reservation to another treaty is essentially not right. In the *Nuclear Tests (Australia* v. *France)* case (*I.C.J. Reports 1974*, p. 253) the Court had before it a contention that certain reservations contained in a declaration by France accepting the compulsory jurisdiction of the Court under Article 36, paragraph 2, of the Statute applied also to its obligations under the General Act for the Pacific Settlement of International Disputes, 1928. Referring to this contention and to Article 2, paragraph 1 *(d)*, of the Vienna Convention on the Law of Treaties, 1969, the joint minority opinion (Judges Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga and Sir Humphrey Waldock) observed:

> "in principle, a reservation relates exclusively to a State's expression of consent to be bound by a particular treaty or instrument and to the obligations assumed by that expression of consent. Consequently, the notion that a reservation attached to one international agreement, by some unspecified process, is to be superimposed upon or transferred to another international instrument is alien to the very concept of a reservation in international law; and also cuts across the rules governing the notification, acceptance and rejection of reservations." (*Ibid.*, p. 350.)

The correctness of this statement of principle is scarcely open to challenge.

The effect of the Romanian reservation is on Section 30 of the Convention alone. By contrast, competence to request an advisory opinion is regulated exclusively by Article 96 of the Charter. Section 30 of the Convention does not and cannot confer a competence on anyone to request an advisory opinion; the Section is hinged on any such competence conferred by or under Article 96 of the Charter. All that Section 30 of the Convention does is to make it compulsory for the body vested with appropriate competence by or under Article 96 of the Charter to exercise that competence in relation to certain differences, and incumbent on the

II. La réserve roumaine à la convention générale

Les paragraphes 29 à 36 de l'avis consultatif traitent de la thèse de la Roumanie selon laquelle le défaut de consentement de sa part interdit le recours à la compétence consultative de la Cour au titre de l'article 96 de la Charte. Comme la Cour semble le laisser entendre dans son avis, la Roumanie ne peut logiquement soutenir cette position que si elle soutient aussi que la réserve qu'elle a faite à la section 30 de la convention générale est applicable à la Charte de façon à imposer l'exigence du consentement comme condition préalable au recours à cette juridiction. J'approuve la Cour de ne pas accepter cette thèse mais je voudrais donner mes raisons.

Indépendamment de la question de savoir si la Charte peut être l'objet de réserves et mises à part les difficultés que présente l'hypothèse d'une réserve à un traité (en l'espèce à la Charte) faite par un Etat après qu'il est devenu partie à ce traité, il me semble que l'idée selon laquelle une réserve à un traité jouerait aussi comme réserve à un autre traité est foncièrement erronée. Dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)* (*C.I.J. Recueil 1974*, p. 253), une thèse était présentée à la Cour selon laquelle certaines réserves contenues dans la déclaration de la France acceptant la juridiction obligatoire de la Cour conformément au paragraphe 2 de l'article 36 du Statut s'appliquaient aussi à ses obligations en vertu de l'Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux (1928). Se référant à cette thèse et au paragraphe 1 *d)* de l'article 2 de la convention de Vienne sur le droit des traités (1969), la minorité, MM. Onyeama, Dillard, Jiménez de Aréchaga et sir Humphrey Waldock, avait déclaré ce qui suit dans une opinion commune :

> « en principe, une réserve ne concerne que l'expression, qui a été donnée par un Etat, de son consentement à s'obliger par un traité ou par un instrument déterminé et les obligations qu'il a assumées en exprimant ainsi son consentement. Par conséquent, l'idée qu'une réserve jointe à un accord international puisse, par un processus qui n'est pas précisé, se surimposer à un autre acte international ou se rattacher à celui-ci est étrangère à la notion même de réserve en droit international ; elle fait en outre bon marché des règles régissant la notification, l'acceptation et le rejet des réserves. » (*Ibid.*, p. 350.)

La justesse de cette déclaration de principe ne prête guère à contestation.

L'effet de la réserve roumaine porte seulement sur la section 30 de la convention, alors que le droit de demander un avis consultatif est régi exclusivement par l'article 96 de la Charte. La section 30 de la convention ne donne et ne peut donner à personne le droit de demander un avis consultatif ; elle ne peut que s'appliquer à un tel droit, déjà conféré par l'article 96 de la Charte ou en vertu de cette disposition. Le seul effet de la section 30 de la convention est d'obliger l'organe investi de ce pouvoir par l'article 96 de la Charte ou en vertu de cette disposition à l'exercer dans le cas de certains différends et d'imposer aux parties à de tels différends

parties to such differences to accept the resulting advisory opinion as "decisive". The action of the reservation is exerted on these two additional features and not on the Court's jurisdiction under Article 96 of the Charter. If, because of the reservation, these two features fall away in the case of Romania, the jurisdiction under Article 96 of the Charter remains, as before, unaffected by the reservation. And this, it should be added, is putting at its highest Romania's view of the extent to which the reservation affects Section 30 of the Convention — a view that is open to dispute but which I agree with the Court it is not necessary to examine (see paragraph 34 of the Advisory Opinion).

In sum then, while agreeing with paragraph 36 of the Advisory Opinion that "the reservation made by Romania to Section 30 of the General Convention does not affect the Court's jurisdiction to entertain the present request", I would like to add that the reservation does not affect that jurisdiction because it simply cannot.

III. Romania's Case Relating to Mr. Mazilu's State of Health

On the question of Mr. Mazilu's state of health, I agree with the finding made in paragraph 59 of the Advisory Opinion to the effect "that it was for the United Nations to decide whether in the circumstances it wished to retain Mr. Mazilu as special rapporteur . . ."; but, apart from the circumstance that that proposition is so self-evident that I hesitate to interpret the material as credibly evidencing an intention by Romania to dispute it, it appears to me that the Romanian argument on this branch of the case does not necessarily depend on who has the right to retain Mr. Mazilu as special rapporteur or to terminate his appointment on grounds of illness (governmental appointments being another matter). What Romania seems to be saying in its written statement to the Court, as I understand it, is something different which may be expressed this way:

(i) even assuming that Mr. Mazilu was and continues to be an expert on mission (as is found by the Court, with which I agree), illness so wholly incapacitated him from carrying out his functions as to preclude him from having any need for, and therefore any entitlement to, the privileges and immunities provided for by the Convention, these being functionally based; and

(ii) Romania has exclusive domestic jurisdiction over the health of its nationals, with the consequence that, Romania having made its own determination of Mr. Mazilu's state of health, that determination is

d'accepter comme « décisif » l'avis consultatif qui en résultera. C'est sur ces deux éléments supplémentaires que s'exerce la réserve et non sur la compétence attribuée à la Cour par l'article 96 de la Charte. Même si, du fait de la réserve, ces deux éléments disparaissent dans le cas de la Roumanie, la Cour n'en est pas moins compétente en vertu de l'article 96 de la Charte, qui n'est pas touché par la réserve. Cette hypothèse impliquerait d'ailleurs une adhésion totale au point de vue de la Roumanie quant à l'étendue des effets de la réserve sur la section 30 de la convention — point de vue qui peut être contesté mais dont j'estime, comme la Cour, qu'il n'est pas nécessaire de l'examiner (voir le paragraphe 34 de l'avis consultatif).

En résumé, donc, tout en souscrivant à ce qui est dit au paragraphe 36 de l'avis consultatif, à savoir que « la réserve faite par la Roumanie à la section 30 de la convention générale est sans incidence sur la compétence de la Cour pour connaître de la présente requête », je voudrais ajouter que la réserve est sans incidence sur cette compétence pour la simple raison qu'une telle incidence est impossible.

III. La thèse de la Roumanie concernant l'état de santé de M. Mazilu

En ce qui concerne la question de l'état de santé de M. Mazilu, j'approuve la conclusion énoncée au paragraphe 59 de l'avis consultatif selon laquelle « il appartenait à l'Organisation des Nations Unies de décider dans les circonstances de l'espèce s'il convenait de maintenir M. Mazilu dans sa qualité de rapporteur spécial... » ; mais, indépendamment du fait que cette affirmation est si évidente en soi que j'hésiterais à interpréter le dossier comme démontrant de façon crédible que la Roumanie avait l'intention de la contester, il me semble que l'argumentation roumaine sur cet aspect de l'affaire ne dépend pas nécessairement de la question de savoir qui a le droit de maintenir M. Mazilu dans ses fonctions de rapporteur spécial ou de mettre fin à sa nomination pour raisons de santé (les nominations faites par les Etats sont une autre question). A ce que je comprends, ce que la Roumanie semble dire dans son exposé écrit présenté à la Cour est une idée différente que l'on pourrait exprimer de la façon suivante :

i) même en admettant que M. Mazilu a été et continue d'être un expert en mission (conclusion de la Cour que je partage), la maladie l'a mis dans l'incapacité d'assumer sa tâche à un tel point qu'elle lui a ôté tout besoin et donc tout droit quant aux privilèges et immunités prévus par la convention, ceux-ci étant accordés sur une base fonctionnelle ; et

ii) la Roumanie a une compétence interne exclusive en ce qui concerne la santé de ses ressortissants, ce qui a pour conséquence que la Roumanie, ayant pris sa propre décision quant à l'état de santé de

final for all purposes, and any attempt by the United Nations to verify it within Romania or to act contrary to it would be an interference in Romania's internal affairs (paras. 19 and 26 of the Advisory Opinion; Dossier, doc. No. 61, para. 53, and doc. No. 64, para. 42; Romania's written statement to the Court, pp. 7-8; United States written statement to the Court, p. 10; and the Secretary-General's written statement to the Court, paras. 17, 19 and 67).

If indeed this is the Romanian argument, it would not appear to be free from difficulty. Mr. Mazilu's status as a special rapporteur is based on a relationship subsisting exclusively as between himself and the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. A decision as to whether a special rapporteur is in such a state of health as to be incapable of functioning is one to be made by the Sub-Commission as the employer. As a stranger in law to the relationship between the Sub-Commission and Mr. Mazilu, Romania had no juridical basis for intervening to impose its own opinion on the point. No doubt States ordinarily have exclusive domestic jurisdiction over questions concerning the health of their nationals and can and do intervene on such questions as between employer and employee. But the settled jurisprudence of the Court makes it clear that a matter which would normally be within a State's domestic jurisdiction ceases to be exclusively so to the extent to which it has come to be also governed by any international obligations undertaken by the State (see the *Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco* case, *P.C.I.J., Series B, No. 4*, pp. 21-24; the *Acquisition of Polish Nationality* case, *P.C.I.J., Series B, No. 7*, p. 16; the *Certain Norwegian Loans* case, *I.C.J. Reports 1957*, pp. 37-38, *per* Judge Lauterpacht; and the *Aegean Sea Continental Shelf* case, *I.C.J. Reports 1978*, pp. 24-25).

In my view, in agreeing to accord privileges and immunities to their nationals for the purpose of enabling them to carry out their functions when appointed as experts on missions, alternatively, by reason of their being parties to the Charter and committed to promoting its objectives, Member States by necessary implication conceded to the United Nations a right in good faith (not questioned in this case) to determine the capacity of such nationals, on grounds of ill health or otherwise, to continue to carry out their functions. If the Romanian position is correct, the United Nations would be wholly excluded from exercising that right once the view was expressed by the State of nationality that an expert was too ill to perform. It is not necessary, in my view, to consider what settlement procedures might be available if a dispute were to arise as to whether the United Nations was acting in good faith.

M. Mazilu, cette décision est définitive à tous égards et toute tentative de la part de l'Organisation des Nations Unies pour s'assurer en Roumanie de son bien-fondé ou pour agir contrairement à cette décision constituerait une ingérence dans les affaires intérieures de cet Etat (avis consultatif, par. 19 et 26; dossier, pièce nº 61, par. 53, et pièce nº 64, par. 42; exposé écrit de la Roumanie présenté à la Cour, p. 7-8; exposé écrit des Etats-Unis présenté à la Cour, p. 10; exposé écrit du Secrétaire général présenté à la Cour, par. 17, 19 et 67).

Si telle est bien l'argumentation de la Roumanie, elle ne semble pas exempte de difficultés. Le statut de M. Mazilu en qualité de rapporteur spécial est fondé sur une relation qui continuait d'exister exclusivement entre lui-même et la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités. Une décision sur la question de savoir si un rapporteur spécial est dans un état de santé tel qu'il est incapable de remplir ses fonctions est une décision qui doit être prise par la Sous-Commission en tant qu'employeur. Etant juridiquement étrangère à la relation existant entre la Sous-Commission et M. Mazilu, la Roumanie n'avait pas de base juridique lui permettant d'intervenir pour imposer son propre point de vue sur la question. Il n'est pas douteux que, d'ordinaire, les Etats ont une compétence interne exclusive sur les questions relatives à la santé de leurs ressortissants, qu'ils peuvent intervenir et interviennent effectivement sur ces questions dans les relations entre employeur et employé. Mais la jurisprudence constante de la Cour montre bien qu'une question qui serait normalement de la compétence interne d'un Etat cesse de l'être exclusivement lorsque la situation vient à être aussi régie par des obligations internationales assumées par cet Etat (voir *Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, C.P.J.I. série B nº 4*, p. 21-24; *Acquisition de la nationalité polonaise, C.P.J.I. série B nº 7*, p. 16; *Certains emprunts norvégiens, C.I.J. Recueil 1957*, p. 37-38, opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht; et *Plateau continental de la mer Egée, C.I.J. Recueil 1978*, p. 24-25).

A mon avis, que ce soit parce qu'ils ont accepté d'accorder des privilèges et immunités à leurs ressortissants pour leur permettre d'exercer leurs fonctions lorsqu'ils sont nommés experts en missions, ou parce qu'ils sont parties à la Charte et se sont engagés à favoriser ses objectifs, les Etats Membres ont implicitement et nécessairement concédé à l'Organisation des Nations Unies le droit (qui n'est pas contesté en l'espèce) de décider de bonne foi de l'aptitude de ces ressortissants, pour des motifs de santé ou autres, à continuer d'exercer leurs fonctions. Si la position de la Roumanie était juste, cela aurait pour conséquence que l'Organisation des Nations Unies serait totalement empêchée d'exercer ce droit dès l'instant où l'Etat dont un expert est ressortissant aurait exprimé l'avis que ce dernier est trop malade pour travailler. Il n'est pas nécessaire, à mon sens, d'envisager quelles pourraient être les procédures de règlement utilisables s'il surgissait un différend sur le point de savoir si l'Organisation des Nations Unies a agi de bonne foi.

IV. Applicability of the General Convention to Enable an Expert to Leave His State of Nationality or Residence in Connection with His Mission

The circumstance that the Court's Advisory Opinion specifies some of the more important privileges and immunities available to experts on missions, and therefore to Mr. Mazilu as such an expert, does not perhaps mesh entirely with the view presented by the Secretary-General to the effect that "the Court . . . has not been asked . . . about what privileges and immunities Mr. Mazilu might enjoy as a result of his status . . ." (Advisory Opinion, para. 27). If the Court has in fact acted on a less sparing conception of the scope of the request, this is because, as it appears to me, the view referred to is admissible not by way of modification of the scope of the request, but only by way of interpretation, as it was of course intended; and possible interpretations advanced before the Court do not restrict the range of choice open to it as to the meaning of the governing text of the resolution presenting the request (see the analogous approach taken in the *Factory at Chorzów* case, *P.C.I.J., Series A, No. 13*, pp. 15-16; the *Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex* case, *P.C.I.J., Series A, No. 22*, p. 15, and *P.C.I.J., Series A/B, No. 46*, p. 138; the *South West Africa* case, *I.C.J. Reports 1966*, p. 354, *per* Judge Jessup, dissenting; and *Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the* Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) *(Tunisia* v. *Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1985*, p. 223).

In settling what interpretation is to be placed on the question before the Court, it would seem best to approach the question "in the light of the actual framework of fact and law in which it falls for consideration" (*Interpretation of the Agreement of 25 March 1951 between the WHO and Egypt, I.C.J. Reports 1980*, p. 76). That framework may be gathered from the terms of the request viewed against the background material submitted by the Secretary-General in relation to the Sub-Commission's own resolution to which the request expressly refers (see the approach taken by Judge Lauterpacht in the *South West Africa* case, *I.C.J. Reports 1956*, p. 36). Interpreted this way, it is reasonably clear that the request is intended to invite an answer not only as to whether Article VI, Section 22, of the General Convention is applicable in principle "in the case of Mr. Dumitru Mazilu as Special Rapporteur of the Sub-Commission", but also, if it is applicable, as to the way in which it is applicable in the particular circumstances of that particular case. When the context and structure of the request are considered, technical distinctions between the concepts of "applicability" and "application" do not have the effect of excluding these aspects, provided that the answer does not trench on any question as to whether any particular privilege or immunity was violated.

In my view, therefore, the Advisory Opinion has correctly gone on to identify particular privileges and immunities available to experts on

IV. Applicabilité de la convention générale pour permettre à un expert de quitter son pays de nationalité ou de résidence dans le cadre de sa mission

Le fait que l'avis consultatif de la Cour précise certains des privilèges et immunités les plus importants accordés aux experts en missions, et donc à M. Mazilu en cette qualité, ne cadre peut-être pas entièrement avec le point de vue présenté par le Secrétaire général selon lequel « la demande adressée à la Cour concerne ... non ... la nature des privilèges et immunités dont M. Mazilu pourrait bénéficier en conséquence de son statut... » (avis consultatif, par. 27). Si la Cour a en fait adopté une conception moins restrictive de la portée de la demande c'est, me semble-t-il, que ce point de vue est acceptable, non en tant que modification du champ de la requête, mais seulement comme interprétation, ce qui était bien entendu son propos; et les interprétations possibles avancées devant la Cour ne restreignent pas la latitude dont elle dispose pour déterminer le sens de la résolution qui présente la requête (voir le principe analogue adopté dans l'affaire de l'*Usine de Chorzów, C.P.J.I. série A nº 13*, p. 15-16; l'affaire des *Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, C.P.J.I. série A nº 22*, p. 15, et *C.P.J.I. série A/B nº 46*, p. 138; l'affaire du *Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1966*, p. 354, opinion dissidente de M. Jessup; et la *Demande en revision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du* Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne) *(Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne), C.I.J. Recueil 1985*, p. 223).

Pour déterminer comment il faut interpréter la question soumise à la Cour, il semblerait que le mieux soit de la placer « dans la situation de fait et de droit où il convient de l'examiner » (*Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte, C.I.J. Recueil 1980*, p. 76). Cette situation peut être reconstituée à partir des termes mêmes de la requête, éclairés par la documentation présentée par le Secrétaire général en relation avec la résolution de la Sous-Commission à laquelle la requête se réfère expressément (voir la position adoptée par M. Lauterpacht en l'affaire de l'*Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, C.I.J. Recueil 1956*, p. 36). Interprétée dans ce contexte, il est assez clair que la requête vise à obtenir une réponse non seulement sur la question de savoir si la section 22 de l'article VI de la convention générale est applicable en principe au « cas de M. Dumitru Mazilu en sa qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission », mais aussi, dans l'affirmative, sur la façon dont elle est applicable dans les circonstances particulières de cette affaire. Si l'on envisage le contexte et la structure de la requête, les distinctions d'ordre technique entre les notions d'« applicabilité » et d'« application » n'ont pas pour effet d'exclure ces aspects, à condition que la réponse n'empiète sur aucune question portant sur la violation éventuelle de tel ou tel privilège ou immunité.

C'est donc à juste titre, me semble-t-il, que l'avis consultatif a défini les privilèges et immunités divers dont bénéficient les experts en mis-

missions, and hence to Mr. Mazilu as such an expert. But there is one particular right, namely, that relating to travel, which, I believe, merits closer attention. This aspect is linked to paragraph 55 of the Advisory Opinion which states that rapporteurs or special rapporteurs

> "enjoy, in accordance with Section 22, the privileges and immunities necessary for the exercise of their functions, and in particular for the establishment of any contacts which may be useful for the preparation, the drafting and the presentation of their reports . . .".

I understand this as conveying, among other things, that experts on missions, whether or not assigned to any particular place, are entitled to invoke the privileges and immunities conferred by the Convention to enable them to leave their State of nationality or residence in connection with the performance of their missions. With this view I agree, but I should like to give my reasons for supporting it with a degree of specificity commensurate with the special, if not primary, interest which it manifestly has for the requesting organ, as may be gathered from the several references to it, on one aspect or another, in the Advisory Opinion itself (see paras. 11, 13, 14, 16, 17, 18, 21, 22, 24, 26, 49 and 52).

My reasons may be conveniently set out in relation to the Romanian contention by which the issue was presented. Treating Mr. Mazilu as an expert present in his own State but assigned to function elsewhere (a position which I will assume for the sake of analysis), Romania submitted that —

> "Section 22 of the Convention provides that 'experts . . . performing missions for the United Nations shall be accorded such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of their functions'. Those provisions make it clearly apparent that an expert is not accorded such privileges and immunities anywhere and everywhere, but only in the country to which he is sent on mission and during the time spent on the mission, and also in the countries to which he must transit when travelling to meet the requirements of the mission. In the same way, the privileges and immunities only come into existence from the expert's time of departure, when he travels to accomplish the mission. In so far as the expert's journey to carry out the mission for the United Nations has not begun, for reasons entirely unconnected with his activity as an expert, there is no legal basis upon which to lay claim to privileges and immunities under the Convention, regardless of whether he is in his country of residence or in another country, in a capacity other than that of an expert.
>
> In the country of which he is a citizen, in the country where he has his permanent residence, or in other countries where he may be for reasons unconnected with the mission in question, the expert is only

sions, y compris M. Mazilu. Mais un droit particulier, celui de se déplacer, mérite, à mon avis, un examen plus attentif. Cet aspect est lié au paragraphe 55 de l'avis consultatif où il est dit que les rapporteurs et rapporteurs spéciaux

> « jouissent..., conformément à la section 22, des privilèges et immunités nécessaires pour exercer leurs fonctions, et en particulier pour établir tous contacts utiles à la préparation, à la rédaction et à la présentation de leur rapport... »

Ce passage me semble signifier, entre autres choses, que les experts en missions, qu'ils soient ou non affectés à un endroit déterminé, ont le droit d'invoquer les privilèges et immunités qui leur sont conférés par la convention pour quitter leur pays de nationalité ou de résidence dans le cadre de l'exercice de leur mission. Je partage cette opinion mais je voudrais expliquer pourquoi, avec un degré de précision proportionné à l'intérêt particulier, sinon primordial, que présente manifestement cette question pour l'organe requérant, comme on peut le déduire du nombre de références qui sont faites à tel ou tel de ses aspects, dans l'avis consultatif lui-même (voir les paragraphes 11, 13, 14, 16, 17, 18, 21, 22, 24, 26, 49 et 52).

Par souci de commodité, j'exposerai mes raisons en me référant au document roumain par lequel la question a été présentée. Traitant M. Mazilu comme un expert présent dans son propre pays mais affecté à des fonctions ailleurs (hypothèse que j'admettrai aux fins de l'analyse), la Roumanie a allégué que :

> « la section 22 de la convention prévoit que « les experts ... lorsqu'ils accomplissent des missions pour l'Organisation des Nations Unies, jouissent, pendant la durée de cette mission, y compris le temps du voyage, des privilèges et immunités nécessaires pour exercer leurs fonctions en toute indépendance ». Ces dispositions font ressortir clairement qu'un expert ne jouit pas de privilèges et immunités n'importe où et n'importe quand, mais uniquement dans le pays où il est envoyé en mission, et seulement pendant la durée de celle-ci, de même que dans les pays de transit, lors des voyages requis par la mission. De même, les privilèges et immunités ne peuvent courir que du moment du départ de l'expert en voyage pour accomplir la mission. Pour autant que le voyage de l'expert aux fins d'accomplir la mission pour l'Organisation des Nations Unies n'ait pas commencé, et cela pour des raisons qui n'ont aucun lien avec son activité d'expert, il n'y a nul fondement juridique pour prétendre [à] des privilèges et immunités conformément à la convention, sans égard au fait qu'il se trouve dans son pays de résidence ou dans un autre pays, dans une qualité autre que celle d'expert.
>
> Dans le pays dont il possède la citoyenneté, dans le pays où il a sa résidence permanente, ou dans d'autres pays où il pourrait se trouver en dehors de la mission respective, l'expert ne jouit de privilèges et

> accorded privileges and immunities in relation to the content of the activity in which he engages during his mission (including his spoken and written communications)." (Romania's written statement to the Court, p. 6. And see Advisory Opinion, para. 24.)

I accept as accurate Romania's statement "that an expert is not accorded such privileges and immunities anywhere and everywhere": their functional character clearly excludes so wholesale and undiscriminating an application. Where I have difficulty is in so far as it would seem to follow from Romania's position that an expert present in a Member State who, for reasons entirely unconnected with his activity as an expert, has not in fact begun his outward journey to carry out a mission falling to be discharged elsewhere but who wishes to embark on such a journey, cannot, as a matter of law, invoke those privileges and immunities to enable him to commence the journey. This is because, on Romania's argument, so long as he has not begun his journey, he is not entitled to any privileges and immunities apart from the limited and not relevant exception mentioned in its statement. So, the limited exception apart, not having begun the journey, the expert has no privileges and immunities, and, not having any privileges and immunities, he cannot enforce a right to begin the journey. Locked in within this system, the expert may well be unable to perform the mission which the privileges and immunities were intended to enable him to perform. Possibly, so strange a result could collide with the position taken by the Court as to the "duty [of a party to a treaty] not to deprive [it] of its object and purpose" (*Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, I.C.J. Reports 1986*, p. 140, para. 280; cf. *ibid.*, p. 249, para. 79, *per* Judge Oda, dissenting). I propose, however, to approach the matter in the following way.

In conferring privileges and immunities on experts "during . . . the time spent on journeys in connection with their missions", Article VI, Section 22, of the Convention obviously regards the making of such a journey as an essential step in the discharge of an expert's mission, as, indeed, it plainly is. Equally obviously, an expert may need to commence such a journey from any Member State in which he happens to be, even if he is there for a purpose wholly unconnected with his mission. Accordingly, his entitlement under that provision to "such privileges and immunities as are necessary for the independent exercise of [his] functions during the period of" his mission would extend to enable him to embark on such a journey undertaken in connection with the discharge of those functions. The express reference to "privileges and immunities . . . during . . . the time spent on journeys in connection with" his mission cannot be read as meaning that privileges and immunities are available only if and when such a journey is in fact in progress but not also for the purpose of enforcing a right to commence the journey in the first place.

immunités qu'en ce qui concerne le contenu de l'activité déployée au cours de sa mission (y compris ses paroles et écrits).» (Exposé écrit de la Roumanie à la Cour, p. 6. Voir aussi avis consultatif, par. 24.)

J'admets comme exacte l'assertion de la Roumanie selon laquelle «un expert ne jouit pas de privilèges et immunités n'importe où et n'importe quand», le caractère fonctionnel de ceux-ci excluant manifestement une application aussi large et aussi générale. Là où je comprends moins bien, c'est lorsqu'il semble découler de la position de la Roumanie qu'un expert présent sur le territoire d'un Etat Membre et qui, pour des raisons totalement étrangères à son activité d'expert, n'a pas effectivement commencé le voyage qu'il est tenu de faire à l'étranger pour accomplir sa mission, mais qui souhaite entreprendre ce voyage, ne pourrait, en droit, invoquer lesdits privilèges et immunités pour commencer ledit voyage. Cette thèse se justifierait, selon la Roumanie, parce que tant que l'expert n'a pas entrepris son voyage il n'a droit à aucun privilège et immunité, hormis l'exception limitée et sans application en l'espèce qui est mentionnée dans l'exposé. Ainsi, à cette exception mineure près, tant qu'il n'a pas commencé son voyage, l'expert n'a aucun privilège et immunité, et par conséquent il ne peut exercer le droit d'entreprendre son voyage. Enfermé dans ce système, l'expert risque fort d'être dans l'incapacité d'exécuter la mission que les privilèges et immunités avaient pour objet de lui permettre d'accomplir. Un résultat aussi surprenant pourrait bien être en contradiction avec la position prise par la Cour sur l'«obligation [d'une partie à un traité] de ne pas priver [celui-ci] ... de son but et de son objet» (*Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, C.I.J. Recueil 1986*, p. 140, par. 280; cf. *ibid.*, p. 249, par. 79, opinion dissidente de M. Oda). Quoi qu'il en soit, je voudrais aborder la question de la façon suivante.

En accordant des privilèges et immunités aux experts «pendant la durée de [leur] mission, y compris le temps du voyage», la section 22 de l'article VI de la convention considère manifestement l'accomplissement d'un tel voyage comme un moyen essentiel d'exécution de la mission de l'expert, ce qui est certainement le cas. Il est tout aussi manifeste qu'un expert peut avoir besoin de commencer un tel voyage à partir de l'Etat Membre, quel qu'il soit, dans lequel il se trouve, même s'il s'y trouve à des fins qui n'ont rien à voir avec sa mission. Il s'ensuit que le droit qui lui est conféré par cette disposition de jouir «pendant la durée de cette mission ... des privilèges et immunités nécessaires pour exercer [ses] fonctions en toute indépendance» devrait couvrir le droit pour lui de commencer un tel voyage entrepris dans le cadre de l'exercice desdites fonctions. La référence expresse aux «privilèges et immunités...» «pendant la durée de cette mission, y compris le temps du voyage» ne saurait signifier que les privilèges et immunités ne pourraient être invoqués que lorsqu'un tel voyage est effectivement en cours, mais ne pourraient pas l'être pour permettre à l'expert d'exercer son droit de commencer le voyage.

Under Article VII, Section 26, of the General Convention (referred to in paragraph 43 of the Advisory Opinion) an expert is entitled to travelling facilities (including the issue of any necessary visas) from a Member State to which or through which he intends to go in connection with his mission. In exercise of this entitlement, the expert may have applied to such a State for visas and other facilities and secured them only to discover that he cannot use them if he cannot rely on the privileges and immunities conferred by Article VI, Section 22, of the Convention to enable him to leave a Member State in which he happens to be present for a purpose unconnected with his mission.

However strict may be the construction to be placed on provisions providing for privileges and immunities (see Alain Plantey, *Droit et pratique de la Fonction publique internationale*, Paris, 1977, p. 409, para. 1298), results as surprising as those indicated above suggest that the privileges and immunities conferred on an expert by Article VI, Section 22, of the Convention must, subject to the limitations prescribed in that Article, be construed as extending to afford protection against all acts which could frustrate their operation or empty them of real content, with the consequence of effectively preventing the expert from embarking on or resuming his mission. The dangers which proverbially lurk in the use of maxims do not seem to forbid recourse in this case to the well-known words *quando lex aliquid alicui concedit concedere videtur et id sine quo res ipsa esse non potest* — when the law gives a man anything, it gives him that also without which the thing itself cannot exist.

Explaining the rarity of references in the judgments of the Court to arbitral decisions, Judge Charles De Visscher wrote:

> "The rarity of such references is a matter of prudence; the Court is careful not to introduce into its decisions elements whose heterogeneous character might escape its vigilance" (Charles De Visscher, *Theory and Reality in Public International Law*, rev. ed., 1968, p. 391).

Judge Jessup's interesting explanation was: "The Court, *qua* Court, naturally hesitates to cite individuals or national courts lest it appear to have some bias or predilection" (Judge Philip C. Jessup, letter dated 16 August 1979, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1985, Vol. 61, I, p. 253). No doubt these words of caution extend to other decisions as well. But, apart from the fact that there is some flexibility in the case of individual judges, I do believe that the judicial policy concerning such citations, wise as it is, is not of such rigidity as in practice to disable the Court from benefiting from other experience, particularly where specific guidance in its own jurisprudence is lacking, as seems to be the case here.

Without suggesting that it is wholly applicable, I turn accordingly to the general approach taken in the majority opinion of the European Court

En vertu de la section 26 de l'article VII de la convention générale (visée au paragraphe 43 de l'avis consultatif), un expert a le droit d'obtenir d'un pays dans lequel il entend se rendre ou qu'il entend traverser dans le cadre de sa mission des facilités de voyage (y compris la délivrance de tout visa nécessaire). Exerçant ce droit, l'expert risque donc de demander à cet Etat des visas et autres facilités et de les obtenir, pour découvrir ensuite qu'il est dans l'impossibilité de les utiliser s'il ne peut jouir des privilèges et immunités conférés par la section 22 de l'article VI de la convention pour quitter un Etat Membre dans lequel il se trouve pour une raison qui n'a pas de rapport avec sa mission.

Certes, les dispositions créant des privilèges et immunités sont d'interprétation stricte (voir Alain Plantey, *Droit et pratique de la fonction publique internationale*, Paris, 1977, p. 409, par. 1298); mais des résultats aussi surprenants que ceux qui viennent d'être évoqués donnent à penser qu'il faut interpréter les privilèges et immunités conférés à un expert par la section 22 de l'article VI de la convention générale comme s'étendant, sous réserve des limitations stipulées dans cet article, à la protection contre tous actes propres à faire échec à leur application ou à les vider de contenu réel et, partant, à empêcher effectivement l'expert de commencer sa mission ou de la reprendre. On dit qu'il y a péril à citer des maximes, mais celle-ci semble appropriée: *Quando lex aliquid alicui concedit concedere videtur et id sine quo res ipsa esse non potest* — «lorsque la loi donne quelque chose à quelqu'un, elle lui donne aussi ce sans quoi la chose elle-même ne peut être».

Expliquant la rareté des références à des sentences arbitrales dans les arrêts de la Cour, M. Charles De Visscher a écrit:

> «la rareté des référence» à la jurisprudence arbitrale s'explique par un souci de prudence: la Cour est attentive à ne pas introduire dans ses décisions des éléments dont le caractère hétérogène pourrait échapper à sa vigilance» (Charles De Visscher, *Théories et réalités en droit international public*, 3e éd., 1960, p. 470).

L'intéressante explication donnée par M. Jessup était la suivante: «La Cour, en tant que telle, hésite naturellement à citer des personnes privées ou des tribunaux nationaux de peur de paraître avoir des préjugés ou des préférences» (Philip C. Jessup, lettre datée du 16 août 1979, *Annuaire de l'Institut de droit international*, 1985, vol. 61, I, p. 253). Ces formules de prudence valent certainement aussi pour d'autres décisions. Mais, indépendamment du fait qu'individuellement les juges sont un peu plus libres, je suis persuadé que la pratique judiciaire à l'égard de telles citations, quelle que soit sa sagesse, n'est pas d'une telle rigueur qu'il soit en fait interdit à la Cour de bénéficier de l'expérience d'autrui, en particulier lorsqu'elle ne peut pas trouver dans sa propre jurisprudence des orientations précises, comme cela semble être le cas en l'occurrence.

Sans prétendre qu'il soit intégralement transposable, je mentionnerai donc le principe général adopté par la majorité des membres de la Cour

of Human Rights in the *Golder* case (Judgment of 21 February 1975, Series A, Vol. 18) in which that Court had to construe Article 6, paragraph 1, of the European Convention on Human Rights, reading:

> "In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law . . ."

Recognizing that this provision did not in terms confer a right of access to the courts, the European Court of Human Rights nevertheless affirmed the existence of such a right in these words:

> "While the right to a fair, public and expeditious judicial procedure can assuredly apply only to proceedings in being, it does not, however, necessarily follow that a right to the very institution of such proceedings is thereby excluded . . ." (*Ibid.*, p. 15, para. 32.)

In effect, if it was correct to say that Article 6, paragraph 1, of the European Convention excluded an antecedent right to institute proceedings in a court, it would follow that the right conferred by that provision to a fair, public and expeditious judicial procedure could prove to be largely devoid of substance. Likewise in this case, if it is correct to say that Article VI, Section 22, of the General Convention excludes an antecedent right to commence a journey from a Member State in connection with the performance of the expert's mission where the expert's presence in that State was for a purpose unconnected with the mission, it would follow that the right conferred on him by that provision to privileges and immunities "during . . . the time spent on journeys in connection with" such a mission (not to speak of other privileges and immunities) could turn out to be illusory, with the further result that the mission itself could remain undischarged.

While the situation in the *Golder* case differs in several respects from that here, at the level of principle it would seem to me that the reasoning in that case supports the conclusion that Article VI, Section 22, of the General Convention is applicable to enable an expert to leave any Member State for the purpose of carrying out his mission even if his presence in that State was for a purpose entirely unconnected with the mission.

(Signed) Mohamed SHAHABUDDEEN.

---

européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Golder* (arrêt du 21 février 1975, série A, vol. 18) dans laquelle cette cour devait interpréter le paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, ainsi libellé :

> « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle... »

Reconnaissant que cette disposition ne conférait pas littéralement un droit d'accès aux tribunaux, la Cour européenne des droits de l'homme a néanmoins affirmé l'existence d'un tel droit en ces termes :

> « Si le droit à l'équité, la publicité et la célérité de la procédure judiciaire ne peut, à coup sûr, s'appliquer qu'à une procédure engagée, il ne s'ensuit pourtant pas forcément qu'il exclut un droit à l'ouverture même de celle-ci... » (*Ibid.*, p. 15, par. 32.)

En effet, s'il était vrai que le paragraphe 1 de l'article 6 de la convention européenne excluait un droit préalable d'entamer une procédure judiciaire, il s'ensuivrait que le droit reconnu par cette disposition à l'équité, la publicité et la célérité de la procédure judiciaire pourrait être en grande partie dénué de substance. De même, dans la présente affaire, s'il était vrai que la section 22 de l'article VI de la convention générale excluait pour un expert le droit préalable de quitter un Etat Membre pour entreprendre un voyage dans le cadre de l'exécution de sa mission alors qu'il se trouve sur le territoire de cet Etat à des fins qui n'ont pas de relation avec la mission, il s'ensuivrait que le droit qui lui est conféré par cette disposition de jouir de privilèges et immunités « pendant la durée de cette mission, y compris le temps du voyage » (sans parler d'autres privilèges et immunités) pourrait se révéler illusoire ; en outre, la mission elle-même risquerait de ne pas être accomplie.

Si la situation dans l'affaire *Golder* diffère à plusieurs égards de celle qui intéresse présentement la Cour, il me semble qu'au plan des principes le raisonnement tenu dans cette affaire étaie la conclusion que la section 22 de l'article VI de la convention générale est applicable pour permettre à un expert de quitter le territoire d'un Etat Membre quel qu'il soit afin d'exécuter sa mission, même si la raison de sa présence dans cet Etat n'a rien à voir avec la mission.

(Signé) Mohamed SHAHABUDDEEN.

PRINTED IN THE NETHERLANDS

COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

RECUEIL DES ARRÊTS,
AVIS CONSULTATIFS ET ORDONNANCES

INDEX

1989

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE

REPORTS OF JUDGMENTS,
ADVISORY OPINIONS AND ORDERS

INDEX

N° de vente :
Sales number **586**

INDEX FRANÇAIS[1]

A

Abi-Saab (G.):

Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale, 1967 : *153-154.*

Accès à la justice : 66, *221.*

Accord de 1951 complétant le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne : 15, 20, 21, 22, 23, 42, 46, 47, 49, 73, *86*, *96*, *97*, *98*, *99*, *100*, *121.*

Préambule : *99.*
Article I : 15, 19, 20, 21, 22, 23, 48, 71, 72, *87*, *88*, *96.*
Article III : *99.*
Article V : 19, *99.*
But de l'— : *98*, *99.*
Intention des parties : *100.*
Interprétation de l'— : *96*, *97*, *100.*
Objet de l'— : *98*, *99.*
Partie intégrante du traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne : 42, 48, *96*, *97.*
Ratification de l'— : *98*, *99*, *100.*
Violation de l'— : 19, 20, 21, 22, 23, 46, 47, 48, 73, 77, *83*, *96.*
Voir aussi *Echanges de notes signés le 2 février 1948 entre l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique et le ministre des affaires étrangères d'Italie; Protocole additionnel au traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne; Protocole annexé au traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne; Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne.*

Accord de San Isidro de Coronado (Costa-Rica) (1989) : 175.

Accord de Tela (Honduras) (1989) : 123.

Accord entre les parties :

Article 44, paragraphe 2, du Règlement de la Cour internationale de Justice : 175.
Article 101 du Règlement de la Cour internationale de Justice : *154.*

[1] Les chiffres en italique indiquent les références au texte d'opinions individuelles ou dissidentes ou de déclarations.

Ordre selon lequel la Cour traite les questions de compétence et de recevabilité : *143, 144.*

Acte arbitraire :

Voir *Arbitraire ; Droit international ; Droit interne ; Mesure arbitraire.*

Acte capricieux : 76, *109, 111, 113, 114, 115.*

Sens en droit international coutumier : *115.*

Acte déraisonnable : 66, 73, 74, 76, *109, 111, 113, 114, 115.*

Sens en droit international coutumier : *115.*

Acte discriminatoire :

Voir *Mesure discriminatoire.*

Acte dommageable : *117.*

Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux (1928) : *214.*

Acte illégitime :

Voir *Illégitime ; Illégitimité.*

Acte illicite :

Voir *Illicite.*

Acte injustifié : 74.

Acte judicieux : *113.*

Acte raisonnable : *113.*

Administration de la justice :

Bonne administration de la justice : *158, 213.*

Affaire *Golder* :

Voir *Cour européenne des droits de l'homme.*

Affaire pendante :

Voir *Rôle de la Cour.*

Affaires intérieures d'un Etat : 183, *203, 216.*

Voir aussi *Compétence nationale.*

Agents des parties :

Communications avec la Cour : 123, 124, 130, 133, *156-157*, 163, 175.
Consultation des — pour la fixation ou le report de délais de procédure : 133.

Désignation: 12, 126-127, 133.
Questions posées aux — par des membres de la Cour: 19.

Allemagne (République fédérale d'):

Exposé écrit: 179.

Anzilotti (D.): *137, 147, 150, 152.*

Application directe d'un traité: *92, 115.*

Droits individuels: 47.

Arbitraire: 73.

Sens en droit international: 15, 16, 74, 76, *96, 109, 113, 114.*
Voir aussi *Droit international; Droit interne; Mesure arbitraire; Procédure conforme au droit.*

Arrangement entre les parties: *154.*

Arrêt déclaratoire: 15, 16, 42.

Assemblée générale des Nations Unies:

Résolution 89 (I): 10, 178, 184, 187.

Assistance technique: 194.

Audiences publiques de la Cour: 18, 29, 30, 58, 68.

Australie (Commonwealth d'—):

Requête introductive d'instance de Nauru contre le — (19 mai 1989): 12.

Avis consultatif:

Caractère «décisif» d'un —: 190, *215.*
Caractère non obligatoire d'un —: 188, 189.
Caractère prioritaire d'une demande d'—: 9, 10, 178, *200, 204, 212-213.*
Compétence de la Cour pour donner un —: 188, 190, 191.
Défaut de consentement d'un Etat: 191, *214.*
Détermination par la Cour du sens de la demande d'—: *217.*
Dossier adressé à la Cour par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies: 179, 190, *212, 216, 217.*
Exposé écrit présenté au nom d'une organisation internationale: 10, 178.
Exposé écrit présenté par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies: 180, 187, *207, 208, 216, 217.*
Exposé écrit présenté par un Etat: 10, 178, 179, 180, 181, 185, *207, 216, 218, 219.*
Exposé oral présenté au nom d'une organisation internationale: 179.
Exposé oral présenté par un Etat: 179.
Faits à l'origine de la demande d'—: *200.*
Objet d'un —: 188, 139.
Observations sur les exposés écrits: 10, 179.
Opportunité de donner un —: 177, 189, 191.

Procédure de l'article 96 de la Charte des Nations Unies: 9, 177, 188, 189, 191, *214*, *215*.
Procédure de la section 30 de l'article VIII de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies: 183, 188, 189, 190, 191, *214*, *215*.
Projet de demande d'— : 183, 184, *203*, *204*.
Question du consentement d'un Etat: 188, 189, 190, 191, *214*.
Question soumise à la Cour: *207*.
Refus de donner un — : 191.
Renseignements fournis par des Etats et une organisation internationale sur la question soumise à la Cour par une demande d'avis consultatif: 10, 178, 181, 182.
Réserve de la Roumanie à la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies: 177, 183, 188, 189, 190, 191, *212*, *214*, *215*.
Unanimité de la Cour: 198.

B

Beichmann (F. W.): *147*.

Bengzon (C.): *146*, *154*.

Bonne administration de la justice:

Voir *Administration de la justice*.

Bonne foi: *216*.

Bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies: 183.

Voir aussi *Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies*.

C

Canada:

Exposé écrit: 179.

Caractère judiciaire de la Cour: 191, *213*.

Centre d'information des Nations Unies:

Bucarest: 181, 182, *201*, *202*, *210*.

Centre pour les droits de l'homme du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies: 181, 182, 184, 186, *201*, *202*, *207*, *208*, *209*.

Chambre de la Cour:

Compétence d'une — : 42.
Composition: 18, 162, 163, *166*, *167*.
Constitution: 3, 18, 42, 129, 163, *166*.
Demande de constitution d'une — : 3, 17, 18, 42, 129, 163.

Droit appliqué par une — : 46.
Juge qui cède sa place : *166.*
Juges *ad hoc* : 162, 163, *166.*
Mention du nom des juges *ad hoc* dans l'ordonnance de constitution d'une chambre : *166.*
Remplacement d'un juge : 18, 163, *165, 167.*
Vues des parties sur la composition d'une — : *167.*
Vues des parties sur la constitution d'une — : 42.

Charte des Nations Unies : *96, 97, 212.*

Article 55 *c)* : 179.
Article 68 : 179.
Article 96 : 177, 188, 189, 191, *214, 215.*
Article 96, paragraphe 2 : 9, 178, 187.
Article 105 : 192.
Article 105, paragraphe 1 : 192.
paragraphe 2 : 192
paragraphe 3 : 192.
Question de savoir si des réserves à la — sont possibles : *214.*

Clause de la nation la plus favorisée : 47.

Voir aussi *Traitement de la nation la plus favorisée.*

Codification du droit international :

Commission du droit international : *116-117, 118.*
Droit de la responsabilité des Etats : *116-117, 118.*
Voir aussi *Obligation de comportement ou de moyens; Obligation de résultat.*

Comité consultatif pour les questions administratives et budgétaires de l'Organisation des Nations Unies : 194.

Comité des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies : 194.

Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes de l'Organisation des Nations Unies : 194.

Comité pour l'élimination de la discrimination raciale de l'Organisation des Nations Unies : 194.

Commission de la fonction publique internationale de l'Organisation des Nations Unies : 194.

Commission des droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies : 179, 180, 182, 184, *203.*

Création : 179, 196.
Election de M. Mazilu en qualité de membre de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités : 180.
Mandat : 179.
Organe subsidiaire du Conseil économique et social : 187.

Recommandation d'une demande d'avis consultatif: 178, 185.
Résolution 1985/13: 180.
Résolution 1989/37: 9, 178, 185, *200.*

Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies: 127, 194.

Annuaire de la — : *116, 117.*
Projet d'articles sur la responsabilité des Etats: *116, 117, 118, 119.*

Comparution d'une partie: *140-144, 151.*

Compensation: *120.*

Compétence de la Cour:

Clause conventionnelle prévoyant la — : 41, 42.
Consentement d'un Etat: 188, 189, 190, 191.
Décision de la Cour sur sa compétence: 6.
Défaut de consentement: 177, 190, 191.
Demande d'avis consultatif: 177, 188, 190, 191.
Indication de mesures conservatoires: *139, 143, 152, 153.*
Interprétation et application d'un traité: 41-42.
Non-comparution d'une partie: *138-140, 150.*
Non-épuisement des voies de recours internes: 42.
Objections à la — : *137, 138-140.*
Question de la — : 6, *140, 141, 143.*
Question préliminaire: *140, 141.*
Questions relatives à l'interprétation ou à l'application d'un traité: 42.
Réserve d'un Etat: *215.*
Voir aussi *Exception préliminaire.*

Compétence nationale:

Compétence interne exclusive: *216.*
Santé des ressortissants d'un Etat: *215, 216.*
Compétence essentiellement nationale: *142.*
Voir aussi *Affaires intérieures d'un Etat.*

Comportement d'un Etat: 48, 49, 74, *116, 117, 119.*

Conformité d'un acte au droit interne et conformité de cet acte aux dispositions d'un traité: 51.
Silence d'un Etat: 42, 44.
Voir aussi *Faillite de l'ELSI; Obligation de comportement ou de moyens; Obligation de résultat; Roumanie.*

Compromis conclu le 24 mai 1986 entre la République d'El Salvador et la République du Honduras visant à soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice un différend entre les deux Etats: 3, 129, 162.

Conclusions des parties: 19-23, 48.

Conseil économique et social de l'Organisation des Nations Unies:

Décision 1987/102: 180.
Demande d'un avis consultatif: 9, 178, 185, *203, 204, 206.*

Résolution 5 (I): 179.
Résolution 1983/32: 196.
Résolution 1989/75: 9, 178, 185, 186, 190, *200, 204.*

Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies: 179, 184, 187, *203, 208.*

Voir aussi *Bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies.*

Consentement des parties: *154, 157,* 188.

Demande d'un avis consultatif à la Cour: 188.
Dépôt d'une exception préliminaire avant la présentation du mémoire du demandeur: *154, 157.*

Consentement d'un Etat:

Adhésion à un traité: 190.
Fondement de la compétence de la Cour: 188, 189, 190, 191.
Opportunité de rendre un avis consultatif: 191.

Contestation:

Interprétation ou application de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies: 188, 189.

Contre-interrogatoire:

Expert: 19.
Témoins devant la Cour: 19, 57.

Convention de Vienne sur le droit des traités (1969):

Article 2: *96, 214.*
Article 31: *97.*
Article 32: *97.*
Article 33, paragraphe 4: 71.

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (1950): *211.*

Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (1971): 132.

Convention relative à l'aviation civile internationale (1944): 132.

Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (1946): 177, 178, 183, 184, 185, 187, 190, 191, 192, *203, 204, 207, 209.*

Article II: 192.
Article III: 192.
Article IV: 192.
Article IV, section 11: 195.
section 12: 195.
section 13: 195.
section 15: 195.

Article V: 192, 195.
Réserves à l'article V: 195.
Article V, section 18: *210.*
Article VI: 192, 194.
Article VI, section 22: 10, 177, 178, 184, 185, 186, 187, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, *200, 203, 204, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 215, 217, 218, 219, 220, 221.*
Applicabilité de l' — à toutes les missions: 195-196.
Applicabilité de l' — aux experts dans l'Etat dont ils sont ressortissants ou sur le territoire duquel ils résident: 195.
Applicabilité de l' — aux rapporteurs spéciaux de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités: 192, 196-197, *204.*
Applicabilité de la section 22: 9, 10, 177, 178, 185, 186-187, 190, 191, 192, 193, 197, 198, *200, 204, 208, 217, 218, 219, 220, 221.*
Application de la section 22: 191, *200, 208, 217.*
But de la section 22: 194, *207.*
Article VI, section 23: 193.
Réserves à l'article VI: 195.
Article VII, section 26: 193, *220.*
Article VIII, section 30: 183, 188, 189, 190, 191, *212, 214, 215.*
Objet de la section 30: 189.
Réserve de la Roumanie à la section 30: 183, 188, 189, 190, 191, *212, 214, 215.*
Etats parties à la —: 10, 178, 192, 195, *209.*
Voir aussi *Travaux préparatoires.*

Coopération (Obligation de —): 183, *203.*

Copie certifiée conforme: 10, 178.

Cornu (G.) (Publié sous la direction de —):
Vocabulaire juridique, 1987: *171.*

Cour européenne des droits de l'homme:
Affaire *Golder*: *221.*

Cour internationale de Justice:
Autonomie procédurale: *213.*
Caractère judiciaire: 191, *213.*
Défaut de compétence de la —: 188.
Droit appliqué par la —: 46.
Incompatibilité de fonctions: *169-170.*
Juridiction conférée à la —: 42.
Obligation conventionnelle de saisir la —: 189.
Participation de la — à l'action de l'Organisation des Nations Unies: 189, *208.*
Pouvoir discrétionnaire: 191, *212.*
Pouvoir judiciaire: *213.*
Pouvoir réglementaire: *171, 213.*

Voir aussi *Compétence de la Cour; Différend international; Fixation de délais de procédure; Greffier de la Cour internationale de Justice; Juge* ad hoc; *Jurisprudence de la Cour internationale de Justice; Mesures conservatoires; Pratique de la Cour; Procédure écrite; Procédure sur le fond; Règlement de la Cour internationale de Justice; Rôle de la Cour internationale de Justice.*

Cour permanente d'arbitrage: *213.*

Cour permanente de Justice internationale:

Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour:
Série D nº 1: 147, 148.
Série D nº 2: 146, 147, 169.
Série D, Addendum au nº 2. 137, 147.
Série D, Troisième addendum au nº 2: 148, 169, 170.
Comité consultatif de juristes: 168.
Création: *213.*
Plaidoiries, exposés oraux et documents:
Série C nº 5-1: 147.
Série C nº 9-1: 147.
Série C nº 53: 169.
Série C nº 78: 169.
Rapports annuels, Série E nº 4: 169.
Travaux préparatoires: *213.*
Voir aussi *Jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale; Société des Nations.*

D

Déclaration d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour:

Réserve à une —: *142, 214.*

Déclaration sous serment: 26, 28, 34, 54, 55, 65.

Déclaration universelle des droits de l'homme (1948): 179, *211.*

Délais de procédure:

Voir *Fixation de délais de procédure; Report de délais de procédure; Report de fixation de délais de procédure.*

Demande d'un Etat:

Recevabilité d'une —: 46.

Déni de justice: 66, 67, *92, 93, 116.*

Voir aussi *Droit international; Droit international coutumier.*

Dépositions:

Expert: 19, 29.
Témoin: 19, 29, 58.

Dépôt de pièces de procédure: 3, 130, 174.

Déraisonnable:

Voir *Acte déraisonnable.*

De Visscher (Ch.): *149.*

Théories et réalités en droit international public, 3e éd., 1960: *220.*

Différend international:

Application de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies: 190.
Différend entre l'Organisation des Nations Unies et un Etat partie à la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies: 189, 190, 191.
Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime entre El Salvador et le Honduras: 3, 129, 162.
Existence et validité de la sentence arbitrale rendue le 31 juillet 1989 par le Tribunal arbitral pour la détermination de la frontière maritime entre la Guinée-Bissau et le Sénégal: 126.
Interprétation et application de la convention de 1944 relative à l'aviation civile internationale et de la convention de 1971 pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile: 132.
Protection diplomatique: 43.
Règlement extrajudiciaire: 175.
Règlement par la Cour: 189, 190.
Remise en état de certaines terres à phosphates à Nauru: 12.
Réquisition par l'Italie de Raytheon-Elsi: 17.
Violation d'un traité: 43.
Voir aussi *Faillite de l'ELSI.*

Discrimination:

Voir *Mesure discriminatoire.*

Divergence de vues:

Entre l'Organisation des Nations Unies et la Roumanie: 9, 178, 184, 187, 191, *204.*

Doctrine: *137, 145, 146, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 167, 168, 169, 220.*

***Documents de la conférence des Nations Unies sur l'organisation internationale,* San Francisco, 1945:** *169, 170.*

Dossier présenté à la Cour par le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies: 179, 190, *212, 216, 217.*

Droit international: 20, 21, 46, *94.*

Acte arbitraire en —: 74, *96, 109, 114.*
Acte illicite en —: 51, 74.
Déni de justice: 66.
Droit international général: 66.
Notion d'illicite en —: 51.

Obligations au regard du — : 20, 21, 22, 23, 48.
Obligation d'assurer la protection et la sécurité de ressortissants étrangers et de leurs biens : 63, 64, 65, 66.
Droit d'assurer une protection plus étendue que ce qu'exige le droit international général : 66.
Norme du traitement national : 65.
Principes du — : 40.
Principes en vigueur : *210.*
« Taking » d'un bien : 68.
Violation directe du — : 43.

Droit international coutumier (Principe ou règle de —) : 40.

Caractère explicite de l'intention d'écarter un principe du — : 42.
Déni de justice : 66.
Epuisement des voies de recours internes : 40, 42.
Forme d'un traité : *96.*
Intégrité de la famille : *211.*
Intégrité de la vie familiale : *211.*
Interprétation d'un traité : *96, 97.*
Notion de ce qui est capricieux : *115.*
Notion de ce qui est déraisonnable : *115.*
Règles relatives au déni de justice : 66.

Droit interne :

Acte illégitime en — : 52, 74, 77, *103, 113, 114, 115.*
Acte illicite en — : 47, 51, 64, 76.
Acte injustifié, déraisonnable ou arbitraire en — : 74.
Application du — : *90.*
Appréciation par la Cour de la jurisprudence des tribunaux internes : 16, 47.
Conformité d'un acte au droit interne et conformité de cet acte aux dispositions d'un traité : 51.
Interprétation du droit interne : 47.
Juridiction de la Cour : 47.
Législation nationale :
France : *85.*
Italie : *84-85.*
Japon : *85.*
République fédérale d'Allemagne : *85.*
Roumanie : 181, 184, 198, *205.*
Suisse : *85.*
Notion de société anonyme : *84-85.*
Notion d'illicite en — : 51.
Principe dérivé du — : *84, 213.*
Protection des droits des actionnaires d'une société commerciale : *85.*
Question de — : 47.
Transposition d'une notion de — en droit international : *213.*
Violation d'un traité en — : 51
Voir aussi *Faillite de l'ELSI; Arbitraire; Droit interne et droit international; Mesure arbitraire; Principes généraux de droit.*

Droit interne et droit international (Relations entre —): 16, 47, 51, *84, 213.*

Voir aussi *Droit interne; Principes généraux de droit.*

Droits acquis: 72.

Droits de l'homme: 179.

Intégrité de la famille: *210, 211.*
Intégrité de la vie familiale: *210, 211.*
Voir aussi *Accès à la justice; Déclaration universelle des droits de l'homme; Mazilu.*

E

Echanges de notes signés le 2 février 1948 entre l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique et le ministre des affaires étrangères d'Italie: *96.*

Voir aussi *Accord de 1951 complétant le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne; Protocole additionnel au traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne; Protocole annexé au traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne; Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne.*

Egalité des parties: *137.*

El Salvador:

Demande de report d'un délai de procédure: 4, 130.
Observations sur la désignation d'un juge *ad hoc* par le Honduras: 163.

ELSI:

Voir *Faillite de l'ELSI.*

Endossement:

Voir *Protection diplomatique.*

Enquêtes internationales: 194.

Entente entre les parties:

Voir *Accord entre les parties.*

Epuisement des voies de recours internes (Règle de l'—): 15, 21, 40, 41, 42, 43, 44, 46, *92, 94, 116.*

Application de la —: 44.
Charge de la preuve: 47.
Juridiction de la Cour: 42, 47.
Portée de la —: 21, 46, 47, 48, *94.*

Protection diplomatique : 42, 43.
Recevabilité d'une demande d'un Etat : 21, 22, 42, 46.
Règle du droit international coutumier : 40, 42.
Voir aussi *Faillite de l'ELSI; Non-épuisement des voies de recours internes; Recevabilité d'une requête.*

Erreur manifeste : *158.*

Estoppel : 15, 43, 44, 133, 134.

Etat de nécessité : *109, 110, 111.*

Principe général de droit : 51.

Etats-Unis d'Amérique :

Exposé écrit : 179.
Intention de déposer une exception préliminaire : 133, *156-157.*
Observations écrites : 179.
Requête introductive d'instance de l'Iran contre les — (17 mai 1989) : 132, 133.
Requête introductive d'instance de l'Italie contre les — (6 février 1987) : 17, 18.
Voir aussi *Faillite de l'ELSI.*

Exception préliminaire : *135, 139, 141, 142, 143.*

Acte introductif d'une — : *136.*
Cas de la comparution d'une partie : *140-144, 151, 153.*
Délai dans lequel une — doit être déposée : 133, 134, *135, 136, 144, 145, 146-149, 149-155, 155-160.*
Demande en indication de mesures conservatoires : *139, 140, 142, 143, 151-152.*
Distinction entre une — et une question préliminaire : *150.*
Effets : *136, 153.*
Exposé écrit du défendeur : *136.*
Forme d'une — : *136, 151, 155.*
Genèse des dispositions réglementaires sur le dépôt d'une — : *146-149.*
Intention d'introduire une — : 133, 134, *153.*
Jonction au fond d'une — : 18, 42, *156.*
Procédure incidente : *143.*
Suspension de la procédure sur le fond : *141, 142-143, 144, 153.*
Voir aussi *Compétence de la Cour; Non-comparution d'une partie.*

Exception préliminaire à la compétence : 133, *136, 150.*

Exception préliminaire à la recevabilité d'une requête : 18, 22, 23, 42, 81, 133, *150.*

Voir aussi *Recevabilité d'une requête.*

Expert :

Avis donné : 41.
Contre-interrogatoire d'un — : 19.
Déposition d'un — : 19, 29.

Experts en missions:

Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies aux — : 192-196, *204.*
Bagages: *207.*
Communications avec l'Organisation des Nations Unies: 195, *207.*
Durée des fonctions: 194, 196.
Facilités: 184, 186, 193, *203, 207.*
Famille des — : *210-211.*
Indépendance: 195, 196, 197, *207, 218.*
Inviolabilité des papiers et documents des — : *207.*
Nature de la mission: 194.
Privilèges et immunités: 192-197, *206, 207, 217, 218.*
Opposabilité à l'Etat dont les — sont les ressortissants ou sur le territoire duquel ils résident: 177, 195-196.
Sens du mot «mission»: 177, 194-195.
Statut juridique: 186, 193, *206.*
Voyages: 195, *207.*

Exposés écrits:

Demande d'avis consultatif: 10, 178, 179.
Observations écrites sur les — : 10, 179.
Voir aussi *Avis consultatif; Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies.*

Expropriation: 63, 68, 69, 70, 71, *95, 118.*

Voir aussi *Faillite de l'ELSI.*

F

Fachiri (A. P.):

The Permanent Court of International Justice, 2e éd., 1952: *168.*

Faillite de l'ELSI:

Capital de l'ELSI: 23, 24, 26, 27, 29, 52, 53, 62, *94.*
Comportement des autorités italiennes: 21, 24, 25, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 45, 47, 48, 49, 51, 52, 54, 58, 61, 64, 65, 66, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 76, 77, *83, 88, 92, 96, 98, 101, 102, 103, 106, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 119.*
Contrôle de l'ELSI: 23, 50, *87, 90, 94.*
Difficultés financières: 15, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 49, 52, 53, 55, 56, *105, 119.*
Droit d'acquérir, détenir et céder des biens immobiliers ou des intérêts dans ces biens: 77-79, 80, 81, *87, 100.*
Droit italien: 15, 24, 27, 29, 30, 32, 35, 38-39, 40, 44, 45, 46, 47, 50, 51, 52, 53, 57, 58, 59, 61, 62, 65, 66, 71, 73, 76, 80, *84, 86, 88, 89, 100, 101, 102, 103, 104, 107, 109, 110, 115.*
Droits de contrôle et de gestion des actionnaires: 15, 20, 21, 27, 50, 51, 52, 59, 61, 62, 72, 80, *86, 87, 95, 96, 99, 100, 101, 103, 108.*
Expropriation déguisée: 69, 70, 71.

Faillite de l'ELSI : 21, 37, 45, 46, 60, 61, *106, 107, 119, 121.*
Insolvabilité de la société : 30, 54, 59, 60, 61, 62, 71, *96, 101, 104, 105, 120.*
« Interests » des actionnaires : 16, 70, 71, 79, *90.*
Liquidation de l'ELSI : *106, 120.*
Obligation de l'Italie d'assurer la protection et la sécurité de l'ELSI : 20, 21, 63, 64, 65, *86, 87, 90, 91, 95.*
Plan de liquidation de l'ELSI : 25, 26, 28, 29, 30, 31, 44, 53, 54, 61.
Possibilité de procéder à une liquidation régulière : 26, 27, 28, 29, 31, 35, 46, 49, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 62, 72, *95, 105, 106, 107, 108.*
Possibilité d'un règlement extrajudiciaire : 37.
Préjudice subi par Raytheon et Machlett : 43.
Procédure de faillite : 35, 36, 37, 38, 39, 40, 45, 55, 58, 59, 60, 61, 64, 66, 68, 69, 72, 75, *83, 102, 105, 106, 121.*
Raytheon et Machlett : 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 60, 61, 62, 64, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 79, 80, 81, *83, 88, 89, 90, 92, 95, 96, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 118.*
Recours administratifs : 33, 38, 39, 45, 50, 51, 52, 59, 61, 64, 65, 66, 67, 68, 71, 73, 74, 75, 76, 77, *83, 92, 96, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 117, 118, 119, 121.*
Recours judiciaires : 39, 40, 41, 45, 46, 51, 52, 59, 60, 61, 64, 65, 74, 75, 76, 77, *83, 92, 96, 103, 106, 109, 111, 113, 114, 115, 117, 119, 120, 121.*
Réquisition : 15, 17, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 38, 39, 41, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 80, 81, *83, 88, 92, 94, 95, 96, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121.*
« Taking » de la société : 68, 69, 70, 71, *91, 95.*
Thèse de la conspiration : 69, 70, 71, 73.
Tribunaux italiens : 40, 41, 45, 46, 47, 51, 52, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 71, 74, 75, 76, 77, *83, 93, 96, 106, 107, 109, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 121.*
Voir aussi *Epuisement des voies de recours internes; Droit international; Droit interne.*

Faits (Recherche et établissement des —) : 194.

Finlay (Lord) : *137.*

Fitzmaurice (Sir G.) : *167-168.*

Fixation de délais de procédure : 3, 6, 7, 10, 13, 18, 123, 127, 129, 134, *135, 139, 140, 141, 142, 152, 153, 156, 159,* 166, 174, 178.

Voir aussi *Procédure écrite; Procédure sur le fond.*

Fonctionnaire international :

Indépendance : 195, *207.*
Privilèges et immunités : 195.

Forces de maintien de la paix : 194.

Forclusion : 133, 134.

Fromageot (H.) : *169, 170.*

G

Greffier de la Cour internationale de Justice:

Communication des exposés écrits et des observations écrites sur ces exposés écrits à l'Organisation des Nations Unies et aux Etats parties à la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies: 179.
Communication d'une requête introductive d'instance à un Etat intéressé: 12, 18, 126, 133.
Envoi au Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies de la communication directe et spéciale prévue à l'article 66, paragraphe 2, du Statut: 179.
Notification d'une requête pour avis consultatif à tous les Etats admis à ester devant la Cour internationale de Justice: 178.

Guggenheim (P.): *146, 153, 155.*

Guinée-Bissau (République de —):

Requête introductive d'instance contre le Sénégal (23 août 1989): 126.

Guyomar (G.):

Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice, 1983: *146, 155, 157, 169.*

H

Hammarskjöld (A.): *137, 147, 148.*

Honduras:

Demande de report de la fixation d'un délai de procédure: 175.
Demande de report d'un délai de procédure: 4, 123, 130, 175.
Désignation d'un juge *ad hoc*: 163, *165.*

Hudson (Manley O.):

The Permanent Court of International Justice, 1920-1942, New York, 1943: *168, 169.*
« The Twenty-Fourth Year of the World Court », *American Journal of International Law*, vol. 40, 1946: *170.*

I

Illégitime (Acte ou mesure —): 52, 74, 77, *103, 113, 114, 115.*

Voir aussi *Acte illicite.*

Illégitimité: 74, 76, 77, *109, 113, 114, 115.*

Illicite (Acte —):

Droit international: 51, 74.

Droit interne : 47, 51, 64, 76.
Voir aussi *Violation d'un traité.*

Indemnisation d'un Etat : 20, 21, 23, *83.*
Obligation d'— : 81.

Indemnisation d'un particulier : *103, 114, 120.*
Caractère réel et équitable de l'— : 20, 21, 68, 69, *86, 95.*

Inégalité entre les parties : *137.*
Voir aussi *Egalité des parties.*

Ingérence :
Affaires internes d'un Etat : 183, *202, 203, 216.*

Institut de droit international : *220.*

Institutions spécialisées de l'Organisation des Nations Unies : 182.

Intention d'un Etat :
Volonté d'écarter un principe de droit international coutumier : 42.

Interprétation d'un traité : 41-42, *100.*
Question juridique : 187.
Règles d'— : *94, 95, 96, 97.*
Sens des termes d'un traité : *96.*

Interrogatoire :
Témoins devant la Cour : 19.

Iran (République islamique d'—) :
Objection au dépôt d'une exception préliminaire par les Etats-Unis d'Amérique : 133, 134.
Requête introductive d'instance contre les Etats-Unis d'Amérique (17 mai 1989) : 132, 133.

Italie :
Requête introductive d'instance contre les Etats-Unis d'Amérique (6 février 1987) : 17, 18.
Voir aussi *Faillite de l'ELSI.*

J

Jessup (Ph. C.) : *220.*

Jiménez de Aréchaga (Eduardo) : *146, 154.*
« The Amendment to the Rules of Procedure of the International Court of

Justice », *American Journal of International Law*, 1973, vol. 67; *137, 156-157, 167.*

Juge *ad hoc*:

Désignation: 162, 163, *165, 166, 167, 168, 169, 171, 172.*
Doute de la Cour à l'égard de la désignation d'un — : *165.*
Engagement solennel pris par un — : *167.*
Incapacité: *167.*
Mention du nom des juges *ad hoc* dans l'ordonnance constituant une chambre: 163, *165, 166.*
Non-objection à la désignation d'un — : 163, *165.*
Observations présentées par une partie: 163.
Remplacement d'un — : 163, *165, 167.*
Rôle de la Cour pour la désignation d'un — : *165, 167, 168, 170, 171, 172.*

Juge de la nationalité d'un des Etats parties: *168.*

Voir aussi *Juge ad hoc.*

Juridiction de la Cour:

Restriction de la — par la règle de l'épuisement des voies de recours internes: 42.

Juridiction internationale: 46.

Juridictions internes: 46, 47, *85.*

Appréciation par la Cour de la jurisprudence des — : 16, 47.
Droit appliqué par les — : 46.
Droits propres des actionnaires: *85.*
Notion d'acte illégitime: 74.
Pratique des — : *155.*
Voir aussi *Faillite de l'ELSI.*

Jurisprudence de la Cour internationale de Justice:

Droit d'asile, arrêt, C.I.J. Recueil 1950: 76.
Interprétation des traités de paix conclus avec la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie, première phase, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1950: 189, 191, *208, 213.*
Ambatielos, ordonnance du 18 mai 1951, C.I.J. Recueil 1951: 141, 153.
Ambatielos, exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952: 153.
Or monétaire pris à Rome en 1943 (question préliminaire), arrêt, C.I.J. Recueil 1954: 140, 141, 151.
Admissibilité de l'audition de pétitionnaires par le Comité du Sud-Ouest africain, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1956:

Opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht: *217.*

Certains emprunts norvégiens, arrêt, C.I.J. Recueil 1957:

Opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht: *216.*

Interhandel, mesures conservatoires, ordonnance du 24 octobre 1957, C.I.J. Recueil 1957: 142, 146, 152, 151, 153, 155.

Opinion individuelle de sir Hersch Lauterpacht: *152.*
Opinion individuelle de M. Klaestad: *152.*

Interhandel, arrêt, C.I.J. Recueil 1959: 43, 44, *144.*

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1964: 144, 149.

Sud-Ouest africain, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1966:

Opinion dissidente de M. Jessup: *217.*

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited (nouvelle requête), arrêt, C.I.J. Recueil 1970: 83, 84, 85.

Conséquences juridiques pour les Etats de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971: 167.

Opinion dissidente de sir Gerald Fitzmaurice: *168.*

Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), ordonnance du 18 août 1972, C.I.J. Recueil 1972: 139, 150, 154, 157.

Opinion dissidente commune: *146.*

Compétence en matière de pêcheries (République fédérale d'Allemagne c. Islande), ordonnance du 18 août 1972, C.I.J. Recueil 1972: 154.

Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1973: 150.

Compétence en matière de pêcheries (Royaume-Uni c. Islande), ordonnance du 15 février 1973, C.I.J. Recueil 1973: 139.

Essais nucléaires (Australie c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973: 139, 140, 150.

Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France), mesures conservatoires, ordonnance du 22 juin 1973, C.I.J. Recueil 1973: 140.

Procès de prisonniers de guerre pakistanais, mesures conservatoires, ordonnance du 13 juillet 1973, C.I.J. Recueil 1973: 140, 212.

Essais nucléaires (Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974: 214.

Opinion dissidente commune: *214.*

Sahara occidental, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1975: 167, 191.

Plateau continental de la mer Egée, mesures conservatoires, ordonnance du 11 septembre 1976, C.I.J. Recueil 1976: 139, 150.

Plateau continental de la mer Egée, arrêt, C.I.J. Recueil 1978: 139, 216.

Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Egypte, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1980: 217.

Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, constitution de chambre, ordonnance du 20 janvier 1982, C.I.J. Recueil 1982: 166.

Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe du Maine, ordonnance du 1er février 1982, C.I.J. Recueil 1982: 166.

Plateau continental (Jamahiriya arabe libyenne/Malte), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 1984: 168.

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 10 mai 1984, C.I.J. Recueil 1984: 143, 150.

Différend frontalier, constitution de chambre, ordonnance du 3 avril 1985, C.I.J. Recueil 1985: 166.

Demande en revision et en interprétation de l'arrêt du 24 février 1982 en l'affaire du Plateau continental (Tunisie/Jamahiriya arabe libyenne) (Tunisie c. Jamahiriya arabe libyenne), arrêt, C.I.J. Recueil 1985: 217.

Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique), fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986: 219.

Opinion dissidente de M. Oda: *219.*

Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), ordonnance du 22 octobre 1986, C.I.J. Recueil 1986: 143, 154, 157.

Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras), constitution de chambre, ordonnance du 8 avril 1987, C.I.J. Recueil 1987: 165, 166.

Actions armées frontalières et transfrontalières (Nicaragua c. Honduras), ordonnance du 21 avril 1989, C.I.J. Recueil 1989: 154.

Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies, ordonnance du 14 juin 1989, C.I.J. Recueil 1989: 212.

Jurisprudence de la Cour permanente de Justice internationale:

Décrets de nationalité promulgués en Tunisie et au Maroc, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B nº 4: 216.

Acquisition de la nationalité polonaise, avis consultatif, 1923, C.P.J.I. série B nº 7: 216.

Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt nº 2, 1924, C.P.J.I. série A nº 2: 147, 148.

Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, compétence, arrêt nº 6, 1925, C.P.J.I. série A nº 6: 147.

Usine de Chorzów, fond, arrêt nº 13, 1928, C.P.J.I. série A nº 17: 217.

Emprunts brésiliens, arrêt nº 15, 1929, C.P.J.I. série A nº 21: 47.

Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, ordonnance du 19 août 1929, C.P.J.I. série A nº 22: 217.

Régime douanier entre l'Allemagne et l'Autriche, avis consultatif, 1931, C.P.J.I. série A/B nº 41: 169.

Zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex, arrêt, 1932, C.P.J.I. série A/B nº 46: 217.

Compatibilité de certains décrets-lois dantzikois avec la constitution de la Ville libre, avis consultatif, 1935, C.P.J.I. série A/B nº 65: 169.

Losinger, ordonnance du 27 juin 1936, C.P.J.I. série C nº 67: 169.

Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis, arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B nº 75:

Opinion individuelle de MM. De Visscher et Rostworowski: *149.*

K

Klaestad (H.): *152.*

Koo (W.): *152.*

L

Langues officielles de la Cour:

Voir *Textes faisant foi; Traductions.*

Lauterpacht (Sir H.): *152.*

The Development of International Law by the International Court, 1958: *158.*

Libertés fondamentales: 179.

Loder (B. C. J.): *169.*

M

Mazilu (Dumitru): 9, 10.

Droit de se déplacer: 181.
Etat de santé: 180, 181, 184, 198, *201, 205, 212, 215, 216.*
Famille de —: 181, *210-211.*
Membre de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités: 180, 181, 182, 197.
Définition de son mandat: 180.
Durée de son mandat: 180, 181, 197, *200, 202.*
Maintien en fonctions: 197, *202.*
Qualité de rapporteur spécial de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités: 9, 10, 180, 181, 182, 185, 186, 187, 198, *204, 205, 206, 216.*
Qualité d'expert en mission: 197, 198, *207.*
Voir aussi *Privilèges et immunités des Nations Unies; Experts en missions; Rapporteurs spéciaux; Roumanie.*

Médiation: 194.

Mesure arbitraire: 15, 16, 20, 21, 72, 73, 74, 75, 76, 77, *87, 88,* 96, 98, *108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 121.*

— et illégitimité: 74.
Voir aussi *Arbitraire; Droit international; Droit interne; Procédure conforme au droit.*

Mesure discriminatoire: 15, 20, 21, 72, 73, *87, 88,* 98, *99, 117.*

Voir aussi *Faillite de l'ELSI; Mesure arbitraire; Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.*

Mesures conservatoires (Indication de —):

Cas d'une décision judiciaire pendante dans un Etat: *142.*
Demande en —: *140, 142, 143.*
Question de la compétence de la Cour: *139, 142, 143, 151, 152, 153.*
Voir aussi *Compétence de la Cour.*

Minorités:

Protection des —. 179.
Voir *Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.*

Moore (J. B.): *147.*

N

Nationalisation d'entreprises: 63, *90*, *91*.

Nationalité:

Actionnaires: 72.

Nation la plus favorisée (Norme de la —):

Voir *Traitement de la nation la plus favorisée.*

Nauru (République de —):

Requête introductive d'instance contre le Commonwealth d'Australie (19 mai 1989): 12.

Négociation diplomatique: 41, 43, 44.

Nicaragua:

Demande de report de la fixation d'un délai de procédure: 175.
Demande de report d'un délai de procédure: 123, 175.

Non-comparution d'une partie:

Objections à la compétence de la Cour: *138-140*, *150*.
Observations adressées par cette partie: *139*.

Non-épuisement des voies de recours internes (Exception de —): 22, 41, 47.

Compétence de la Cour: 42.
Voir aussi *Epuisement des voies de recours internes.*

Norme de la nation la plus favorisée:

Voir aussi *Clause de la nation la plus favorisée*; *Traitement de la nation la plus favorisée.*

O

Objections à la compétence de la Cour: *138-140*, *150*.

Obligation de comportement ou de moyens: *116*, *117*, *119*.

Obligation de résultat: *116*, *117*, *118*, *119*.

Obligation d'un Etat:

Ne pas priver un traité de son but et de son objet: *219*.

Obligations conventionnelles: 48, *115*.

Protection des étrangers: *117*.

Obligations du droit international: 20, 21, 23

Observations écrites: 10, 19, 179.

Observations présentées par une partie:

Compétence de la Cour: *139.*
Désignation d'un juge *ad hoc*: 163.

Office des Nations Unies à Genève: 180, 182, 186.

Opinion dissidente: *146, 149, 168, 214, 216, 219.*

Opinion individuelle: *152, 217.*

Opportunité de donner un avis consultatif:

Voir *Avis consultatif.*

Ordonnances de la Cour:

Dispositif: *135.*
Préambule: *135.*
Unanimité de la Cour: 134, *135*, 163, 175.

Organe subsidiaire: 187.

Organisation des Nations Unies:

Conseiller juridique de l'— : 179, 184, 187, *203, 208.*
Fonctionnaires de l'— : 193, 196, 197.
Intérêt de l'— : 195, *207, 209.*
Participation de la Cour à l'action de l'— : 189, *208.*
Pratique de l'— : 194, 196.
Représentants d'Etats membres: 196, 197.
Voir aussi *Assemblée générale des Nations Unies; Avis consultatif; Bureau des affaires juridiques du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies; Centre pour les droits de l'homme du Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies; Charte des Nations Unies; Comité des droits de l'homme; Commission des droits de l'homme; Conseil économique et social; Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies; Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies; Experts en missions; Privilèges et immunités des Nations Unies; Rapporteurs spéciaux; Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme; Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies; Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités.*

Organisation intergouvernementale: 181.

Organisation internationale:

Partie à un différend 189.

Organisation non gouvernementale: 181, 182.

P

Pièces de procédure :

Voir *Dépôt de pièces de procédure; Fixation de délais de procédure; Report de délais de procédure.*

Plantey (A.) :

Droit et pratique de la fonction publique internationale, Paris, 1977 : *220.*

Pouvoir discrétionnaire : 191, *212.*

Pouvoir réglementaire de la Cour : *171, 213.*

Pratique arbitrale : *172, 220.*

Pratique de la Cour :

Délai dans lequel une exception préliminaire doit être déposée : *138-144, 145-146, 149-155, 156, 157, 158, 159, 160.*
Désignation de juges *ad hoc* : *165-172.*
Précédents : *139, 154.*

Pratique de l'Organisation des Nations Unies : 194, 196.

Pratique judiciaire : *158, 220.*

Précédents :

Valeur donnée aux — : *158.*

Préjudice subi par un Etat : 23.

Caractère direct : 42, 43.
Protection diplomatique : 44.

Preuve (Eléments de —) : 24, 26, 31, 34, 41, 43, 56, 57, 58, 71, 73, 80, *92, 93, 105, 106, 118, 119, 120.*

Moyens de preuve : 41.
Preuve supplémentaire : 62.

Principes généraux de droit :

Caractère d'un organe judiciaire : *213.*
Droit d'accès aux tribunaux : *221.*
Droit des sociétés : *84-85, 88, 89.*
Droits propres des actionnaires : *84, 85, 86, 88.*
Etat de nécessité : 51.
Intégrité de la famille : *210-211.*
Intégrité de la vie familiale : *210-211.*
Principes dérivés du droit interne : *84, 213.*

Privilèges et immunités des Nations Unies :

Caractère fonctionnel : *85,* 196, *215, 219.*

Champ d'application territorial : *206, 207, 218.*

Dans l'Etat dont le bénéficiaire est le ressortissant : 177, 185, 195, 196.
Dans l'Etat où le bénéficiaire accomplit sa mission : 177, 185, 195, 196, *206.*
Dans l'Etat où le bénéficiaire réside : 177, 195, 196.

Droit de se déplacer : 181, *218, 219, 220.*
Experts en missions : 196-197, *206, 217-218.*
Interprétation stricte : *220.*
Inviolabilité des bagages : 195.
Inviolabilité des papiers et documents : 195.
Opposabilité à l'Etat dont un expert en mission est le ressortissant ou sur le territoire duquel il réside : 195-196.
Période pendant laquelle l'expert bénéficie des privilèges et immunités : *206, 219.*
Rapporteurs spéciaux de la Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités : 196-197, *204, 205, 206, 208.*
Respect de la famille et de la vie familiale des experts : *211.*
Voir aussi *Experts en missions; Mazilu; Rapporteurs spéciaux.*

Procédure conforme au droit : 20, 21, 67, 68, 76, 77, *86, 114.*

Procédure écrite :

Ordre selon lequel la Cour traite les questions de compétence et de recevabilité : 6, *140, 143-144.*
Question de la compétence de la Cour : 6.
Question de la recevabilité d'une requête : 6.
Voir aussi *Dépôt de pièces de procédure; Fixation de délais de procédure; Procédure sur le fond; Report de délais de procédure.*

Procédure incidente :

Exception préliminaire : *143.*

Procédure régulière :

Voir *Procédure conforme au droit.*

Procédure sur le fond :

Définition : *136.*
Suspension : 6, *136, 137, 140, 141, 143, 144, 150.*
Voir aussi *Dépôt de pièces de procédure; Fixation de délais de procédure; Procédure écrite.*

Projet Root-Phillimore : *168.*

Prorogation d'un délai de procédure :

Voir *Report de délais de procédure.*

Protection des étrangers : *117.*

Voir aussi *Traitement national.*

Protection diplomatique: 15.

Endossement de la demande d'un ressortissant: 42.
Etats-Unis prenant fait et cause pour les actionnaires, non pour la société ELSI: *83, 91-93, 94-95.*
Juridiction de la Cour: 42.
Recevabilité d'une demande: 46.
Réclamation d'un Etat: 40.
Règle de l'épuisement des voies de recours internes: 42.

Protocole additionnel au traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne: 96.

Voir aussi *Accord de 1951 complétant le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne; Echanges de notes signés le 2 février 1948 entre l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique et le ministre des affaires étrangères d'Italie; Protocole annexé au traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne; Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne.*

Protocole annexé au traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne: 70, 96.

Interprétation du — : 71.
Paragraphe 1: 15, 70, 86.
Voir aussi *Accord de 1951 complétant le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne; Echanges de notes signés le 2 février 1948 entre l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique et le ministre des affaires étrangères d'Italie; Protocole additionnel au traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne; Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne.*

Q

Question juridique pendante:

Entre deux Etats: 189.
Entre l'Organisation des Nations Unies et un Etat: 189.

Question juridique soumise à la Cour:

Demande d'avis consultatif: 10, *207.*
Interprétation d'un traité: 187.
Nature de la demande: 134.
Renseignements fournis par les Etats: 10, 178, 181, 182.
Renseignements fournis par l'Organisation des Nations Unies: 10, 178, 181, 182.

Question préliminaire:

Compétence de la Cour: *140, 141.*

Distinction entre une — et une exception préliminaire : *150.*
Incidence d'une — quant à la suspension de la procédure : *150.*

Questions posées par des membres de la Cour :

Au représentant du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies : 179.
Aux experts : 19.
Aux parties : 19.
Aux témoins : 19.
Observations écrites des parties sur les — : 19.

R

Raisonnable : 21, *113.*

Rapporteurs spéciaux : 196.

Applicabilité de la section 22 de l'article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies aux — : 192, 196-197, *204.*
Fonctions : 197.
Indépendance : 196, 197.
Privilèges et immunités : 177, *206, 208.*
Qualité d'experts en mission : 177, 196, 197, *204.*
Statut : 177, 196, 197, *206.*
Voir aussi *Experts en missions; Mazilu; Privilèges et immunités des Nations Unies.*

Raytheon et Machlett :

Voir *Faillite de l'ELSI.*

Recevabilité d'une demande internationale :

Règle de l'épuisement des voies de recours internes : 46.

Recevabilité d'une requête :

Décision de la Cour sur la — : 6.
Epuisement des voies de recours internes : 21, 22, 23, 42.
Exception à la — : 18, 42, 81, 133, *150.*
Question de la — : 6, *140, 142, 143, 144.*
Voir aussi *Exception préliminaire; Exception préliminaire à la recevabilité d'une requête.*

Réciprocité : 20, 21.

Réclamation diplomatique : 40, 41, 44, 57, 92.

Protection diplomatique : 43.
Recevabilité : 46.
Règle de l'épuisement des voies de recours internes : 43, 47.
Voir aussi *Demande d'un Etat.*

Règlement de la Cour internationale de Justice (1946): *138, 157.*

Article 62: *140, 141, 142, 146, 151, 152, 153.*
Article 62, paragraphe 1: *148.*
paragraphe 3: *146, 154.*

Règlement de la Cour internationale de Justice (1972): *138, 157.*

Article 26, paragraphe 1: *166.*
Article 67, paragraphe 1: *149.*
paragraphe 6: *155, 156.*
paragraphe 7: *155, 157.*
Voir aussi *Travaux préparatoires.*

Règlement de la Cour internationale de Justice (1978): 133, *135, 136, 137, 139, 146, 149, 150, 158, 160, 171, 212, 213.*

Article 7: *167.*
Article 17: 42, 162.
Article 17, paragraphe 2: 18, *166.*
Article 18: 42.
Article 18, paragraphe 2: 18.
paragraphe 3: 3, 129.
Article 31: 6, 12, 126, 132, 133.
Article 35: 162.
Article 35, paragraphe 3: 123, 163, *168.*
paragraphe 4: *165, 170.*
paragraphe 5: *167, 170.*
Article 44: 3, 6, 12, 123, 126, 129, 132, 174.
Article 44, paragraphe 2: 175.
paragraphe 3: 123, 130.
Article 45: 6, 12, 126, 132.
Article 48: 12, 126, 132.
Article 51, paragraphe 3: 41.
Article 79: 132, 133, *136, 137, 138, 140, 154, 158.*
Article 79, paragraphe 1: 134, *135, 136, 141, 145, 149, 150, 151, 158.*
paragraphe 2: *138.*
paragraphe 3: *136, 138.*
paragraphe 4: *138.*
paragraphe 5: *138.*
paragraphe 6: *138, 155, 156.*
paragraphe 7: *155, 156.*
paragraphe 8: 18.
Article 92: 3, 129.
Article 101: *154.*
Article 106: 179.

Règlement de la Cour permanente de Justice internationale (1922): *137, 146.*

Règlement de la Cour permanente de Justice internationale (1926): *138, 147, 152.*

Article 38: *147, 149.*

Règlement de la Cour permanente de Justice internationale (1936): *138, 149, 153.*

Article 62: *148.*

Règlement extrajudiciaire d'un différend: 175.

Règlement judiciaire des différends:
Consentement d'un Etat: 191.

Règlement pacifique des différends: 41, 189.

Renseignements pris auprès des parties: 6, 13, 127, 133, *141*, *142*, *143*.

Réparation: 22, 81, *119*, *120*.

Report de délais de procédure: 4, 123, 124, 129-130, 174, 175.

Report de fixation de délais de procédure: 175.

« Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice », *American Journal of International Law, Supplement*, vol. 39, 1945: *169*.

Requête introductive d'instance:
Enregistrement: 12, 17, 126, 132.
Nature de la demande: 134.
Transmission: 12, 18, 126, 133.

Réquisition:
Voir *Faillite de l'ELSI*.

Réserves:
Article V de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies: 195.
Article VI de la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies: 195.
Section 22: 196.
Section 30: 177, 183, 188, 189, 190, 191, *212*, *214*, *215*.
Compétence de la Cour: *215*.
Déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour: *214*.
Effet relatif des —: *214*, *215*.
Question de savoir si des réserves à la Charte des Nations Unies sont possibles: *214*.

Responsabilité internationale d'un Etat:
Acte dommageable: *117*.
Contractuelle: *116*.
Extra-contractuelle: *117*.
Voir aussi *Codification du droit international; Indemnisation d'un Etat; Obligation de comportement; Obligation de résultat; Protection diplomatique; Réparation*.

Ressortissant d'un Etat:
Protection diplomatique du —: 15, 42.

Rôle de la Cour internationale de Justice: *143.*

Affaire pendante: *212, 213.*
Urgence: *212.*

Rosenne (Sh.):

Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice, 1983: *145, 155, 157.*
The Law and Practice of the International Court, 1965, vol. 1: *155, 168.*

Rostworowski (M.): *149.*

Roumanie:

Affaires intérieures: 183, *203, 215, 216.*
Aide-mémoire du 6 janvier 1989: *204, 205, 206.*
Comportement: 181, 182, 183, 184, 185, *201, 202, 203, 205.*
Défaut de consentement de la — à l'égard d'une demande d'avis consultatif: 191, *214.*
Exposé écrit présenté à la Cour: 179, 180, 181, 185, *207, 216, 218, 219.*
Législation interne: 181, 184, 198, *205.*
Mission permanente auprès de l'Office des Nations Unies à Genève: 180, 182, 186, *201, 203.*
Mission permanente auprès de l'Organisation des Nations Unies à New York: 183, *202, 203, 207.*
Réserve à la convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies: 177, 183, 188, 189, 190, 191, *212, 214, 215.*
Voir aussi *Privilèges et immunités des Nations Unies; Mazilu.*

S

Schwarzenberger (G.):

International Law as Applied by International Courts and Tribunals, vol. IV: *167.*

Secrétaire général adjoint aux droits de l'homme de l'Organisation des Nations Unies: 181, 182, 183, 184, *201, 202, 203, 204, 207, 210.*

Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies:

Dépositaire de traités et conventions: 188.
Dossier adressé à la Cour: 179, 190, *212, 216, 217.*
Exposé écrit du —: 180, 187, *207, 208, 216, 217.*
Note verbale du —: *207.*
Transmission à la Cour d'une demande d'avis consultatif: 10, 178.

Sénégal (République du —):

Requête introductive d'instance de la Guinée-Bissau contre le — (23 août 1989): 126.

Silence d'un Etat : 42, 44.

Société des Nations :

Comité de juristes chargé de l'étude du Statut de la Cour permanente de Justice internationale, procès-verbal, Genève, 1929 : *169.*

Société par actions :

Droits des actionnaires : *84, 85, 86, 87, 88, 89.*
Droits de la société : *88, 89.*
Notion : *83-84.*
Personnalité morale distincte : *84.*
Structure d'une société anonyme : *84.*
Voir aussi *Faillite de l'ELSI; Principes généraux de droit.*

Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités :

Consentement des gouvernements : 196.
Création : 179, 196.
Décision 1987/112 : 180.
Décision 1988/102 : 182, *202.*
Mandat : 179, 180, 196.
Membres :

Durée du mandat : 180, 181, 197.
Election : 196.
Indépendance : 196.
Qualité d'experts en missions : 196-197.
Suppléants : 196.

Organe subsidiaire de la Commission des droits de l'homme : 187.
Résolution 1985/12 : 180, 182, *201.*
Résolution 1988/37 : 9, 178, 183-184, *200.*
Résolution 1989/45 : 186.
Statut juridique des rapporteurs spéciaux : 186, 196-197.
Voir aussi *Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies; Experts en missions; Mazilu; Rapporteurs spéciaux.*

Statut de la Cour internationale de Justice : *96, 97*, 133, *171, 172, 212.*

Article 2 : *171.*
Article 17, paragraphe 2 : *169.*
paragraphe 3 : *170, 171*
Article 20 : *167, 171.*
Article 24 : *171.*
Article 26 : 17, 18.
Article 26, paragraphe 2 : 18, 42.
Article 30 : *171.*
Article 31 : 162, *167, 171.*
Article 31, paragraphe 2 : *171.*
paragraphe 3 : *168, 171.*
paragraphe 4 : *166, 171.*
paragraphe 6 : *167, 171.*

Article 36, paragraphe 1 : 41.
paragraphe 2 : *214.*
Article 40, paragraphe 2 : 18.
paragraphe 3 : 18.
Article 48 : 3, 6, 12, 123, 126, 129, 132, 162, 174.
Article 65 : 179, 188, 189.
Article 65, paragraphe 1 : 191.
paragraphe 2 : 179.
Article 66, paragraphe 1 : 178, 191.
paragraphe 2 : 9, 10, 178, 179.
paragraphe 4 : 10.
Partie intégrante de la Charte de l'Organisation des Nations Unies : *96.*

Statut de la Cour permanente de Justice internationale :

Article 17 : *169.*
Article 17, paragraphe 2 : *169.*
paragraphe 3 : *170.*
Article 26, paragraphe 2 : *169.*
Article 31 : *169, 170.*

Système des Nations Unies : 196.

Système juridique : 51.

Voir aussi *Etat de nécessité; Principes généraux de droit.*

T

« Taking » d'un bien : 68, 69, 70, 71, *91, 95.*

Voir aussi *Droit international; Faillite de l'ELSI.*

Témoins devant la Cour :

Contre-interrogatoire : 19, 57.
Déposition : 19, 29, 58.
Interrogatoire : 19.

Texte authentique : 71.

Texte certifié conforme : 178.

Texte faisant foi :

Anglais : 4, 7, 10, 13, 68, 82, 124, 130, 134, 163, 175.
Français : 127, 198.
Italien : 68.

Traduction :

Etablie par une chambre de la Cour : 41, 51, 52, 74, 75.
Fournie par une partie : 41, 73, 74, 75.

Traité :

Application directe d'un — : 47, *92*, *115*.
But d'un — : *89*, *97*, *98*, *99*, *113*.
Forme d'un — : *96*.
Interprétation d'un — : 71, *88*, *89*, *94*, *95*, *96*, *97*, *100*.
Obligation de ne pas priver un traité de son but et de son objet : *219*.
Texte authentique d'un — : 71.
Texte qui fait foi : 68.
Violation d'un — : 42, 43, 46, 47, 48, 73, 77, 80, 81, *83*, *96*.
Licéité éventuelle au regard du droit interne : 51.
Voir aussi *Réserves ; Travaux préparatoires*.

Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne : 15, 16, 19, 20, 21, 22, 23, 40, 42, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 59, 64, 65, 70, 73, 79, 80, 81, *83*, *86*, *87*, *88*, *89*, *90*, *91*, *92*, *94*, *96*, *97*, *98*, *99*, *100*, *113*, *115*, *116*.

Application directe du — : 47, *92*, *115*.
Article II : 19.
Article III : 15, 19, 22, 23, 48, 49, 50.
Article III, paragraphe 1 : 49, 50, *86*, *87*, *89*, *90*, *91*, *92*, *95*, *96*, *100*, *101*, *108*.
paragraphe 2 : 20, 21, 22, 49, 50, 51, 52, 62, 66, 81, *86*, *87*, *89*, *90*, *91*, *92*.
Article V : 19, 22, 47, 48, 63, 65, 66, 71.
Article V, paragraphe 1 : 15, 20, 21, 22, 23, 63, 64, 65, 67, *86*, *88*.
paragraphe 2 : 15, 20, 21, 22, 23, 63, 67, 68, 69, 70, *86*, *88*.
paragraphe 3 : 15, 20, 21, 22, 23, 63, 64, 65, 67, *86*, *88*, *90*, *91*, *92*.
paragraphe 4 : 63, 66.
Article VII : 16, 19, 20, 21, 22, 23, 48, 77, 78, 79, 80, 81.
Article VII, paragraphe 1 : 80, *87*, *88*.
Article IX : 78, 79.
Article IX, paragraphe 3 : 79.
Article XVII, paragraphe 3 : 67.
Article XXVI : 41, 42.
But du — : *89*, *97*, *98*, *113*.
Circonstances dans lesquelles le — a été conclu : *97-100*.
Compétence de la Cour internationale de Justice : 41, 42.
Intention des parties au — : *98*, *100*.
Interprétation du — : *88-89*, *94*, *95*, *96*, *97*, *100*.
Ratification du — : *98*, *99*, *100*, *108*.
Sens du — : *108*, *113*.
Travaux préparatoires : *97-100*.
Violation du — : 19, 20, 21, 22, 23, 42, 43, 46, 47, 48, 51, 52, 62, 68, 71, 73, 77, 80, 81, *83*, *96*.
Voir aussi *Accord de 1951 complétant le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne ; Echanges de notes signés le 2 février 1948 entre l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique et le ministre des affaires étrangères d'Italie ; Protocole additionnel au traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne ; Protocole annexé au traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne*.

Traitement de la nation la plus favorisée (Norme du —): 49, 63, 65, 66, 71, *89, 90, 91, 92, 93, 99, 108.*

Traitement national (Norme du —): 21, 49, 50, 63, 65, 66, 67, 71, 80, *89, 90, 91, 92, 93, 98, 99, 108.*

Norme internationale minimale: 66.

Traitement selon des normes moins favorables:

Voir *Traitement national.*

Traités et conventions:

Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1946 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République de Chine: *87.*

Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1950 entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Irlande: *87.*

Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1951 entre les Etats-Unis d'Amérique et la Grèce: *87.*

Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1951 entre les Etats-Unis d'Amérique et Israël: *87.*

Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1951 entre les Etats-Unis d'Amérique et le Danemark: *87, 88, 90.*

Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1953 entre les Etats-Unis d'Amérique et le Japon: *87, 88, 90.*

Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1954 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République fédérale d'Allemagne: *87, 88, 90, 91.*

Traité d'amitié, de relations économiques et droits consulaires de 1955 entre les Etats-Unis d'Amérique et l'Iran: *87.*

Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 entre les Etats-Unis d'Amérique et les Pays-Bas: *87, 88, 90.*

Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1956 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République de Corée: *87.*

Voir aussi *Accord de 1951 complétant le traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne; Accord de San Isidro de Coronado (Costa Rica) (1989); Accord de Tela (Honduras) (1989); Acte général pour le règlement pacifique des différends internationaux (1928); Charte des Nations Unies; Compromis conclu le 24 mai 1986 entre la République d'El Salvador et la République du Honduras visant à soumettre à la décision de la Cour internationale de Justice un différend entre les deux Etats; Convention de Vienne sur le droit des traités (1969); Convention pour la répression d'actes illicites dirigés contre la sécurité de l'aviation civile (1971); Convention relative à l'aviation civile internationale (1944); Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (1946); Echanges de notes signés le 2 février 1948 entre l'ambassade des Etats-Unis d'Amérique et le ministre des affaires étrangères d'Italie; Protocole additionnel au traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne; Protocole annexé au traité d'amitié, de commerce et de navigation entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne; Statut de la Cour internationale de Justice; Statut de la Cour permanente de Justice internationale; Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne.*

Travaux préparatoires :

Convention sur les privilèges et immunités des Nations Unies (1946) : 193-194.
Règlement de la Cour internationale de Justice (1972) : *137.*
Statut de la Cour permanente de Justice internationale : *213.*
Traité d'amitié, de commerce et de navigation de 1948 entre les Etats-Unis d'Amérique et la République italienne : *97-100.*

Tribunal international :

Voir *Juridiction internationale.*

Tribunaux internes :

Voir *Juridictions internes.*

U

Unanimité :

Voir *Avis consultatif; Ordonnances de la Cour.*

Urgence : *109, 110, 111.*

Voir aussi *Rôle de la Cour.*

V

Violation d'un traité :

Licéité éventuelle au regard du droit interne : 51.

Voie diplomatique :

Voir *Négociation diplomatique.*

Voies de recours en droit interne :

Voir *Accès à la justice; Faillite de l'ELSI; Juridictions internes.*

Vues des parties :

Composition d'une chambre de la Cour : *167.*

Vues d'une partie :

Report d'un délai de procédure : 124, 130.

ENGLISH INDEX[1]

A

Abi-Saab (G.):

Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale, 1967: *153.*

Access to justice: 66, *221.*

Acquired rights: 72.

Additional Protocol to the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy: *96.*

See also *Agreement supplementing the 1948 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy (1951); Exchanges of notes signed on 2 February 1948 between the Embassy of the United States of America and the Ministry of Foreign Affairs of Italy; Protocol annexed to the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy; Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy (1948).*

Administration of justice:

Judicial propriety: *158, 213.*

Admissibility of an application:

Decision of the Court on the —: 6.
Exhaustion of local remedies: 21, 22, 23, 42.
Issue of the —: 6, *140, 142, 143, 144.*
Objection to the —: 18, 42, 81, 133, *150.*
See also *Preliminary objection; Preliminary objection to the admissibility of an application.*

Admissibility of an international claim:

Rule of exhaustion of local remedies: 46.

Advisory Committee for Administrative and Budgetary Questions of the United Nations: 194.

[1] Italicized page numbers are references to the text of separate or dissenting opinions or declarations.

Advisory Opinion:

Comments on the written statements: 10, 179.
"Decisive" character of an —: 190, *215.*
Determination by the Court of the meaning of a request for an —: *217.*
Dossier submitted to the Court by the United Nations Secretary-General: 179, 190, *212, 216, 217.*
Draft request for an —: 183, 184, *203, 204.*
Facts underlying the requests for an —: *200.*
Information furnished by States and by an international organization on the question referred to the Court by a request for an advisory opinion: 10, 178, 181, 182.
Jurisdiction of the Court to render an —: 188, 190, 191.
Lack of consent of a State: 191, *214.*
Oral statement made by a State: 179.
Oral statement made on behalf of an international organization: 179.
"Priority basis" of requests for —: 9, 10, 178, *200, 204, 212-213.*
Propriety of giving an —: 177, 189, 191.
Procedure under Article VIII, Section 30, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations: 183, 188, 189, 190, 191, *214, 215.*
Procedure under Article 96 of the United Nations Charter: 9, 177, 188, 189, 191, *214, 215.*
Quality of the — as not binding: 188, 189.
Question of the consent of a State: 188, 189, 190, 191, *214.*
Refusal to render an —: 191.
Remit of the Court: *207.*
Reservation made by Romania to the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations: 177, 183, 188, 189, 190, 191, *212, 214, 215.*
Subject of an —: 188, 189.
Unanimity of the Court: 198.
Written statement submitted by a State: 10, 178, 179, 180, 181, 185, *207, 216, 218, 219.*
Written statement submitted by the United Nations Secretary-General: 180, 187, *207, 208, 216, 217.*
Written statement submitted on behalf of an international organization: 10, 178.

Affidavit: 26, 28, 34, 54, 55, 65.

Agents of the Parties:

Appointment of — : 12, 126-127, 133.
Communications with the Court: 123, 124, 130, 133, *156-157,* 163, 175.
Consultation with — concerning the fixing or postponement of time-limits: 133.
Questions put to — by Members of the Court: 19.

Agreement between the Parties:

Article 44, paragraph 2, of the Rules of the International Court of Justice: 175.
Article 101 of the Rules of the International Court of Justice: *154.*
Order of the Court relating to issues of jurisdiction and admissibility: *143, 144.*

Agreement of San Isidro de Coronado (Costa Rica) (1989): 175.

Agreement of Tela (Honduras) (1989): 123.

Agreement supplementing the 1948 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy (1951): 15, 20, 21, 22, 23, 42, 46, 47, 49, 73, *86, 96, 97, 98, 99, 100, 121.*

Article I: 15, 19, 20, 21, 22, 23, 48, 71, 72, *87, 88, 96.*
Article III: *99.*
Article V: 19, *99.*
Intention of the Parties: *100.*
Interpretation of the — : *96, 97, 100.*
Object of the — : *98, 99.*
Preamble: *99.*
Purpose of the — : *98, 99.*
Ratification of the — : *98, 99, 100.*
Seen as an integral part of the 1948 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy: 42, 48, *96, 97.*
Violation of the — : 19, 20, 21, 22, 23, 46, 47, 48, 73, 77, *83, 96.*
See also *Additional Protocol to the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy; Exchanges of notes signed on 2 February 1948 between the Embassy of the United States of America and the Ministry of Foreign Affairs of Italy; Protocol annexed to the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy; Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy (1948).*

Anzilotti (D.): *137, 147, 150, 152.*

Appeals under municipal law:

See *Access to justice; Bankruptcy of ELSI; Municipal courts.*

Appearance of a party: *140-144, 151.*

Application instituting proceedings:

Filing of an — : 12, 17, 126, 132.
Nature of the claim: 134.
Transmission: 12, 18, 126, 133.

Arbitral practice: *172, 220.*

Arbitrary action: 73.

Meaning in international law: 15, 16, 74, 76, *96, 108, 113, 114.*
See also *Arbitrary measure; Due process of law; International law; Municipal law.*

Arbitrary measure: 15, 16, 20, 21, 72, 73, 74, 75, 76, 77, *87, 88, 96, 98, 108, 109, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 121.*

— and unlawfulness: 74.
See also *Arbitrary action; Due process of law; International law; Municipal law.*

Ascertainment of views of the parties: 6, 13, 127, 133, *141, 142, 143.*

Authentic text: 68, 70.

Authoritative version:

English: 4, 7, 10, 13, 68, 82, 124, 130, 134, 163, 175.
French: 127, 198.
Italian: 68.

Australia (Commonwealth of —):

Application of Nauru instituting proceedings against — (19 May 1989): 12.

B

Bankruptcy of ELSI:

Administrative appeals: 33, 38, 39, 45, 50, 51, 52, 59, 61, 64, 65, 66, 67, 68, 71, 73, 74, 75, 76, 77, *83, 92, 96, 109, 110, 111, 112, 113, 115, 117, 118, 119, 121.*
Bankruptcy of ELSI: 21, 37, 45, 46, 60, 61, *106, 107, 119, 121.*
Bankruptcy proceedings: 35, 36, 37, 38, 39, 40, 45, 55, 58, 59, 60, 61, 64, 66, 68, 69, 72, 75, *83, 102, 105, 106, 121.*
Capital of ELSI: 23, 24, 26, 27, 29, 52, 53, 62, *94.*
Conduct of Italian authorities: 21, 24, 25, 30, 31, 32, 34, 35, 36, 37, 38, 39, 45, 47, 48, 49, 51, 52, 54, 58, 61, 64, 65, 66, 69, 70, 71, 73, 74, 75, 76, 77, *83, 88, 92, 96, 98, 101, 102, 103, 106, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 118, 119.*
Conspiracy thesis: 69, 70, 71, 73.
Control of ELSI: 23, 50, *87, 90, 94.*
Disguised expropriation: 69, 70, 71.
Financial difficulties: 15, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 49, 52, 53, 55, 56, *105, 119.*
Injury sustained by Raytheon and Machlett: 43.
Insolvency of ELSI: 30, 54, 59, 60, 61, 62, 71, *96, 101, 104, 105, 120.*
Italian courts: 40, 41, 45, 46, 47, 51, 52, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 71, 74, 75, 76, 77, *83, 93, 96, 106, 107, 109, 111, 113, 114, 115, 116, 117, 119, 120, 121.*
Italian law: 15, 24, 27, 29, 30, 32, 35, 38-39, 40, 44, 45, 46, 47, 50, 51, 52, 53, 57, 58, 59, 61, 62, 65, 66, 71, 73, 76, 80, *84, 86, 88, 89, 100, 101, 102, 103, 104, 107, 109, 110, 115.*
Judicial appeals: 39, 40, 41, 45, 46, 51, 52, 59, 60, 61, 64, 65, 74, 75, 76, 77, *83, 92, 96, 103, 106, 109, 111, 113, 114, 115, 117, 119, 120, 121.*
Liquidation of ELSI: *106, 120.*
Obligation of Italy to provide ELSI with full protection and security: 20, 21, 63, 64, 65, *86, 87, 90, 91, 95.*
Plan for the liquidation of ELSI: 25, 26, 28, 29, 30, 31, 44, 53, 54, 61.
Possibility of extrajudicial settlement: 37.
Possibility of realizing an orderly liquidation: 26, 27, 28, 29, 31, 35, 46, 49, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 62, 72, *95, 105, 106, 107, 108.*
Raytheon and Machlett: 17, 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 35, 36, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 46, 47, 48, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 60, 61, 62, 64, 66, 68, 69, 70, 71, 72, 73, 79, 80, 81, *83, 88, 89, 90, 92, 95, 96, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 118.*

Requisition: 15, 17, 25, 31, 32, 33, 34, 35, 38, 39, 41, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 55, 56, 57, 58, 59, 60, 61, 62, 64, 65, 66, 68, 69, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 77, 80, 81, *83, 88, 92, 94, 95, 96, 101, 102, 103, 104, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121.*
Right to acquire, own and dispose of immovable property or interests therein: 77-79, 80, 81, *87, 100.*
Shareholders' interests: 16, 70, 71, 79, *90.*
Shareholders' right to "control and manage" company: 15, 20, 21, 27, 50, 51, 52, 59, 61, 62, 72, 80, *86, 87, 95, 96, 99, 100, 101, 103, 108.*
"Taking" of the company: 68, 69, 70, 71, *91, 95.*
See also *Exhaustion of local remedies; International law; Municipal law.*

Beichmann (F. W.): *147.*

Bengzon (C.): *146, 154.*

Breach of a treaty:

Possibility of compliance with municipal law: 51.

C

Canada:

Written statement: 179.

Capricious act: 76, *109, 111, 113, 114, 115.*

Meaning of term in customary international law: *115.*

Centre for Human Rights of the United Nations Secretariat: 181, 182, 184, 186, *201, 202, 207, 208, 209.*

Certified true copy: 10, 178.

Chamber of the Court:

Composition: 18, 162, 163, *166, 167.*
Constitution of a —: 3, 18, 42, 129, 163, *166.*
Judges *ad hoc*: 162, 163, *166.*
Judge giving place to a judge *ad hoc*: *166.*
Jurisdiction of a —: 42.
Law applied by a —: 46.
Mentioning the names of *ad hoc* judges in the Order constituting a chamber: *166.*
Replacement of a Judge: 18, 163, *165, 167.*
Request for a —: 3, 17, 18, 42, 129, 163.
Views of the parties on the composition of a —: *167.*
Views of the parties on the constitution of a —: 42.

Charter of the United Nations: *96, 97, 212.*

Article 55 *(c)*: 179.
Article 68: 179.
Article 96: 177, 188, 189, 191, *214, 215.*

Article 96, paragraph 2: 9, 178, 187.
Article 105: 192.
Article 105, paragraph 1: 192.
paragraph 2: 192.
paragraph 3: 192.
Question of the feasibility of reservations to the —: *214.*

Claim made by a State:

Admissibility of a —: 46.

Clear error: *158.*

Codification of international law:

International Law Commission: *116-117, 118.*
Law of State responsibility: *116-117, 118.*
See also *Obligations of conduct or of means; Obligations of result.*

Commission on Human Rights of the United Nations: 179, 180, 182, 184, *203.*

Creation of the —: 179, 196.
Election of Mr. Mazilu as a member of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: 180.
Mandate: 179.
Recommendation that an advisory opinion should be requested: 178, 185.
Resolution 1985/13: 180.
Resolution 1989/37: 9, 178, 185, *200.*
Subsidiary organ of the Economic and Social Council: 187.

Committee on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women of the United Nations: 194.

Committee on the Elimination of Racial Discrimination of the United Nations: 194.

Compensation payable to a specific person or entity: *103, 114, 120.*

Just and effective character of the —: 20, 21, 68, 69, *86, 95.*

Compensation payable to a State: 20, 21, 23, *83.*

Obligation to make —: 81.

Conduct of a State: 48, 49, 74, *116, 117, 119.*

Compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty: 51.
Silence of a State: 42, 44.
See also *Bankruptcy of ELSI; Obligations of conduct or of means; Obligations of result; Romania.*

Consent of a State:

Accession to a treaty: 190.
Basis of the Court's jurisdiction: 188, 189, 190, 191.
Propriety of rendering an advisory opinion: 191.

Consent of the parties: *154, 157,* 188.

Raising of a preliminary objection prior to the filing of the Applicant's Memorial: *154, 157.*
Request that the Court should give an advisory opinion: 188.

Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation (1971): 132.

Convention on International Civil Aviation (1944): 132.

Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (1946): 177, 178, 183, 184, 185, 187, 190, 191, 192, *203, 204, 207, 209.*

Article II: 192.
Article III: 192.
Article IV: 192.
Article IV, Section 11: 195.
Section 12: 195.
Section 13: 195.
Section 15: 195.
Article V: 192, 195.
Reservations to Article V: 195.
Article V, Section 18: *210.*
Article VI: 192, 194.
Article VI, Section 22: 10, 177, 178, 184, 185, 186, 187, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, *200, 203, 204, 206, 207, 208, 210, 211, 212, 215, 217, 218, 219, 220, 221.*
Applicability of — to all missions: 195-196.
Applicability of — to experts in the States of which they are nationals or on the territory of which they reside: 195.
Applicability of — to the special rapporteurs of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: 192, 196-197, *204.*
Applicability of Section 22: 9, 10, 177, 178, 185, 186-187, 190, 191, 192, 193, 197, 198, *200, 204, 208, 217, 218, 219, 220, 221.*
Application of Section 22: 191, *200, 208, 217.*
Purpose of Section 22: 194, *207.*
Article VI, Section 23: 193.
Reservations to Article VI: 195.
Article VII, Section 26: 193, *220.*
Article VIII, Section 30: 183, 188, 189, 190, 191, *212, 214, 215.*
Object of Section 30: 189.
Reservation made by Romania to Section 30: 183, 188, 189, 190, 191, *212, 214, 215.*
States parties to the — : 10, 178, 192, 195, *209.*
See also *Travaux préparatoires.*

Co-operation:

See *Obligation of co-operation.*

Cornu (G.) (ed.):

Vocabulaire juridique, 1987: *171.*

Cross-examination:

Expert: 19.
Witnesses before the Court: 19, 57.

Customary international law (Principle or rule of —): 40.

Concept of capriciousness: *115.*
Concept of unreasonableness: *115.*
Denial of justice: 66.
Exhaustion of internal remedies: 40, 42.
Explicit character of the intention to dispense with a principle of —: 42.
Form of a treaty: *96.*
Integrity of family life: *210.*
Integrity of the family: *210.*
Interpretation of a treaty: *96, 97.*
Rules concerning denial of justice: 66.

D

Decisions of the International Court of Justice:

Asylum, Judgment, I.C.J. Reports 1950: 76.
Interpretation of Peace Treaties with Bulgaria, Hungary and Romania, First Phase, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1950: 189, 191, *208, 213.*
Ambatielos, Order of 18 May 1951, I.C.J. Reports 1951: 141, 153.
Ambatielos, Preliminary Objection, Judgment, I.C.J. Reports 1952: 153.
Monetary Gold Removed from Rome in 1943, Preliminary Question, Judgment, I.C.J. Reports 1954: 140, 141, 151.
Admissibility of Hearings of Petitioners by the Committee on South West Africa, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1956:

Separate opinion of Sir Hersch Lauterpacht: *217.*

Certain Norwegian Loans, Judgment, I.C.J. Reports 1957:

Separate opinion of Sir Hersch Lauterpacht: *216.*

Interhandel, Interim Protection, Order of 24 October 1957, I.C.J. Reports 1957: 142, 146, 152, 151, 153, 155.

Separate opinion of Sir Hersch Lauterpacht: *152.*
Separate opinion of Judge Klaestad: *152.*

Interhandel, Judgment, I.C.J. Reports 1959: 43, 44, *144.*
Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 1964: 144, 149.
South West Africa, Second Phase, Judgment, I.C.J. Reports 1966:

Separate opinion of Judge Jessup: *217.*

Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, New Application, Judgment, I.C.J. Reports 1970: 83, 84, 85.
Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1971: 167.

Dissenting opinion of Sir Gerald Fitzmaurice: *168.*

Fisheries Jurisdiction (Federal Republic of Germany v. *Iceland), Order of 18 August 1972, I.C.J. Reports 1972: 139, 150, 154, 157.*

Joint dissenting opinion: *146.*

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. *Iceland), Order of 18 August 1972, I.C.J. Reports 1972: 154.*

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. *Iceland), Jurisdiction of the Court, Judgment, I.C.J. Reports 1973: 150.*

Fisheries Jurisdiction (United Kingdom v. *Iceland), Order of 15 February 1973, I.C.J. Reports 1973: 139.*

Nuclear Tests (Australia v. *France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973: 139, 140, 150.*

Nuclear Tests (New Zealand v. *France), Interim Protection, Order of 22 June 1973, I.C.J. Reports 1973: 135.*

Trial of Pakistani Prisoners of War, Interim Protection, Order of 13 July 1973, I.C.J. Reports 1973: 140, 212.

Nuclear Tests (Australia v. *France), Judgment, I.C.J. Reports 1974: 214.*

Joint dissenting opinion: *214.*

Western Sahara, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1975: 167, 191.

Aegean Sea Continental Shelf, Interim Protection, Order of 11 September 1976, I.C.J. Reports 1976: 139, 150.

Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, I.C.J. Reports 1978: 139, 216.

Interpretation of the Agreement of 15 March 1951 between the WHO and Egypt, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1980: 217.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Constitution of Chamber, Order of 20 January 1982, I.C.J. Reports 1982: 166.

Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area, Order of 1 February 1982, I.C.J. Reports 1982: 166.

Continental Shelf (Libyan Arab Jamahiriya/Malta), Application to Intervene, Judgment, I.C.J. Reports 1984: 168.

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. *United States of America), Provisional Measures, Order of 10 May 1984, I.C.J. Reports 1984: 143, 150.*

Frontier Dispute, Constitution of Chamber, Order of 3 April 1985, I.C.J. Reports 1985: 166.

Application for Revision and Interpretation of the Judgment of 24 February 1982 in the Case concerning the Continental Shelf (Tunisia/Libyan Arab Jamahiriya) *(Tunisia* v. *Libyan Arab Jamahiriya), Judgment, I.C.J. Reports 1985: 217.*

Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. *United States of America), Merits, Judgment, I.C.J. Reports 1986: 219.*

Dissenting opinion of Judge Oda: *219.*

Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. *Honduras), Order of 22 October 1986, I.C.J. Reports 1986: 143, 154, 157.*

Land, Island and Maritime Frontier Dispute (El Salvador/Honduras), Constitution of Chamber, Order of 8 May 1987, I.C.J. Reports 1987: 165, 166.

Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations, Order of 14 June 1989, I.C.J. Reports 1989: 212.

Border and Transborder Armed Actions (Nicaragua v. *Honduras), Order of 21 April 1989, I.C.J. Reports 1989: 154.*

Decisions of the Permanent Court of International Justice:

Nationality Decrees Issued in Tunis and Morocco, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 4: 216.
Acquisition of Polish Nationality, Advisory Opinion, 1923, P.C.I.J., Series B, No. 7: 216.
Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2 : 147, 148.
Certain German Interests in Polish Upper Silesia, Jurisdiction, No. 6, 1925, P.C.I.J., Series A, No. 6: 147.
Factory at Chorzów, Merits, Judgment No. 13, 1928, P.C.I.J., Series A, No. 17: 217.
Brazilian Loans, Judgment No. 15, 1929, P.C.I.J., Series A, No. 21: 47.
Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Order of 19 August 1929, P.C.I.J., Series A, No. 22: 217.
Customs Régime between Germany and Austria, Advisory Opinion, 1931, P.C.I.J., Series A/B, No. 41: 169.
Free Zones of Upper Savoy and the District of Gex, Judgment, 1932, P.C.I.J., Series A/B, No. 46: 217.
Consistency of Certain Danzig Legislative Decrees with the Constitution of the Free City, P.C.I.J., Series A/B, No. 65: 169.
Losinger, Order of 27 June 1936, P.C.I.J., Series C, No. 67: 169.
Panevezys-Saldutiskis Railway, Order of 30 June 1938, P.C.I.J., Series A/B, No. 75:

Separate opinion of Judges De Visscher and Rostworowski: *149.*

Declaration of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court:

Reservation to a —: *142, 214.*

Declaratory judgment: 15, 16, 42.

Denial of justice: 66, 67, *92, 93 116.*

See also *Customary international law; International law.*

De Visscher (Ch.): *149.*

Theory and Reality in Public International Law, rev. ed., 1968: *220.*

Difference arising out of the interpretation or application of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations: 188, 189.

Diplomatic channels:

See *Diplomatic negotiation.*

Diplomatic claim: 40, 41, 44, 57, *92.*

Admissibility: 46.
Diplomatic protection: 43.
Exhaustion of local remedies rule: 43, 47.
See also *Claim of a State.*

Diplomatic negotiation: 41, 43, 44.

Diplomatic protection: 15.

Admissibility of a claim: 46.
Claim made by a State: 40.
Espousal by a State of the claim of one of its nationals: 42.
Espousal by the United States of the cause of ELSI shareholders, not ELSI: *83, 91-93, 94-95.*
Jurisdiction of the Court: 42.
Rule of exhaustion of local remedies: 42.

Direct application of a treaty: *92, 115.*

Individual rights: 47.

Discretionary power: 191, *212.*

Discrimination:

See *Discriminatory measure.*

Discriminatory act:

See *Discriminatory measure.*

Discriminatory measure: 15, 20, 21, 72, 73, *87, 88, 98, 99, 117.*

See also *Arbitrary measure; Bankruptcy of ELSI; Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.*

Dissenting opinion: *146, 149, 168, 214, 216, 219.*

Divergence of views:

Between the United Nations and Romania: 9, 178, 184, 187, 191, *204.*

***Documents of the United Nations Conference on International Organisation,* San Francisco, 1945:** *169, 170.*

Domestic jurisdiction:

Essentially domestic jurisdiction: *142.*
Exclusive domestic jurisdiction: *216.*
Health of the nationals of a State: *215, 216.*
See also *Internal affairs of a State.*

Dossier submitted to the Court by the United Nations Secretary-General: 179, 190, *212, 216, 217.*

Due process of law: 20, 21, 67, 68, 76, 77, *86, 114.*

E

Economic and Social Council of the United Nations:

Decision 1987/102: 180.
Request for an advisory opinion: 9, 178, 185, *203, 204, 206.*

Resolution 5 (I): 179.
Resolution 1983/32: 196.
Resolution 1989/75: 9, 178, 185, 186, 190, *200*, *204*.

El Salvador:

Observation on Honduras's choice of a judge *ad hoc*: 163.
Request for the extension of a procedural time-limit: 4, 130.

ELSI:

See *Bankruptcy of ELSI*.

Equality of the parties: *137*.

Espousal:

See *Diplomatic protection*.

Estoppel: 15, 43, 44, 133, 134.

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950): *211*.

European Court of Human Rights:

Golder case: *221*.

Evidence: 24, 26, 31, 34, 41, 43, 56, 57, 58, 71, 73, 80, *92*, *93*, *105*, *106*, *118*, *119*, *120*.

Additional evidence: 62.

Examination of witnesses: 19.

Exchanges of notes signed on 2 February 1948 between the Embassy of the United States of America and the Ministry of Foreign Affairs of Italy: *96*.

See also *Additional Protocol to the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy; Agreement supplementing the 1948 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy (1951); Protocol annexed to the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy; Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy (1948)*.

Exhaustion of local remedies (Rule of —): 15, 21, 40, 41, 42, 43, 44, 46, *92*, *94*, *116*.

Admissibility of a request by a State: 21, 22, 42, 46.
Application of the —: 44.
Burden of proof: 47.
Diplomatic protection: 42, 43.
Jurisdiction of the Court: 42, 47.

Rule of customary international law: 40, 42.
Scope of the — : 21, 46, 47, 48, *94*.
See also *Admissibility of an application; Bankruptcy of ELSI; Failure to exhaust local remedies.*

Expert:

Cross-examination of an — : 19.
— opinions: 41.
Testimony of an — : 19, 29.

Experts on mission:

Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations to — : 192-196, *204*.
Baggage: *207*.
Communications with the United Nations: 195, *207*.
Duration of assignment: 194, 196.
Facilities: 184, 186, 193, *203*, *207*.
Families of — : *210-211*.
Independence: 195, 196, 197, *207*, *218*.
Inviolability of papers and documents of — : *207*.
Legal status: 186, 193, *206*.
Meaning of the word "mission": 177, 194-195.
Nature of the mission: 194.
Opposability to the State of which — are nationals or on the territory of which they reside: 177, 195-196.
Privileges and immunities: 192-197, *206*, *207*, *217*, *218*.
Travel by: 195, *207*.

Expropriation: 63, 68, 69, 70, 71, *95*, *118*.

See also *Bankruptcy of ELSI.*

Extension of procedural time-limits: 4, 123, 124, 129-130, 174, 175.

Extra-judicial settlement of a dispute: 175.

F

Fachiri (A. P.):

The Permanent Court of International Justice, 2nd ed., 1952: *168*.

Facts (Finding and establishment of the —): 194.

Failure to exhaust local remedies (Objection on the grounds of —): 22, 41, 47.

Jurisdiction of the Court: 42.
See also *Exhaustion of local remedies.*

Filing of pleadings: 3, 130, 174.

Finlay (Lord): *137.*

Fitzmaurice (Sir G.): *167-168.*

Fixing of procedural time-limits: 3, 6, 7, 10, 13, 18, 123, 127, 129, 134, *135, 139, 140, 141, 142, 152, 153, 156, 159,* 166, 174, 178.

See also *Proceedings on the merits; Written proceedings.*

Fromageot (H.): *169, 170.*

Fundamental freedoms: 179.

G

General Act for the Pacific Settlement of International Disputes (1928): *214.*

General Assembly of the United Nations:

Resolution 89 (I): 10, 178, 184, 187.

General List of the International Court of Justice: *143.*

Pending case: *212, 213.*
Urgency: *212.*

General principles of law:

Characteristics of a judicial organ: *213.*
Company law: *84-85, 88, 89.*
"Direct rights" of shareholders: *84, 85, 86, 88.*
Integrity of the family: *210-211.*
Integrity of family life: *210-211.*
Principles derived from municipal law: *84, 213.*
Right of access to tribunals: *221.*
State of emergency: 51.

Germany (Federal Republic of —):

Written statement: 179.

***Golder* case:**

See *European Court of Human Rights.*

Good faith: *216.*

Guggenheim (P.): *146, 153, 155.*

Guinea-Bissau (Republic of —):

Application instituting proceedings against Senegal (23 August 1989): 126.

Guyomar (G.):

Commentaire du Règlement de la Cour internationale de Justice, 1983: *146, 155, 157, 169.*

H

Hammarskjöld (A.): *137, 147, 148.*

Honduras:

Choice of a judge *ad hoc*: 163, *165.*
Request for the extension of a procedural time-limit: 4, 123, 130, 175.
Request for the postponement of the date for fixing a procedural time-limit: 175.

Hudson (Manley O.):

The Permanent Court of International Justice, 1920-1942, New York, 1943: *168, 169.*
"The Twenty-Fourth Year of the World Court", *American Journal of International Law*, Vol. 40, 1946: *170.*

Human rights: 179.

Integrity of family life: *210, 211.*
Integrity of the family: *210, 211.*
See also *Access to justice; Universal Declaration of Human Rights.*

Human Rights Committee of the United Nations: 194.

I

Incidental proceedings:

Preliminary objection: *143.*

Inequality between the parties: *137.*

See also *Equality of the parties.*

Injury sustained by a State: 23.

Direct character: 42, 43.
Diplomatic protection: 44.

Institute of International Law: *220.*

Intention of a State:

— to dispense with a principle of customary international law: 42.

Interference:

Internal affairs of a State: 183, *202, 203, 216.*

Intergovernmental organization: 181.

Interim measures (Indication of —):

Question of the jurisdiction of the Court: *139, 142, 143, 151, 152, 153.*
Relating to a judicial decision pending in a State: *142.*
Request for —: *140, 142, 143.*
See also *Jurisdiction of the Court.*

Internal affairs of a State: 183, *202, 216.*

See also *Domestic jurisdiction.*

International Civil Service Commission of the United Nations: 194.

International Court of Justice:

Discretionary power: 191, *212.*
Incompatibility of functions: *169-170.*
Judicial power: *213.*
Juridical character of the Court: 191, *213.*
Jurisdiction conferred upon the —: 42.
Lack of jurisdiction of the —: 188.
Law applied by the —: 46.
Participation of the — in the activities of the United Nations: 189, *208.*
Procedural autonomy: *213.*
Rule-making power: *171, 213.*
Treaty obligation to refer a difference to the —: 189.
See also *Decisions of the International Court of Justice; Fixing of procedural time-limits; General List of the International Court of Justice; Interim measures; International dispute; Judge* ad hoc; *Jurisdiction of the Court; Practice of the Court: Proceedings on the merits; Registrar of the International Court of Justice; Rules of the International Court of Justice; Written proceedings.*

International dispute:

Application of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations: 190.
Breach of a treaty: 43.
Diplomatic protection: 43.
Dispute between the United Nations and a State party to the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations: 189, 190, 191.
Existence and validity of the arbitral award delivered on 31 July 1989 by the Arbitration Tribunal for the Determination of the Maritime Boundary between Guinea-Bissau and Senegal: 126.
Interpretation and application of the 1944 Convention on International Civil Aviation and the 1971 Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation: 132.
Land, island and maritime frontier dispute between El Salvador and Honduras: 3, 129, 162.
Rehabilitation of certain phosphate lands in Nauru: 12.
Requisition by Italy of Raytheon-Elsi: 17.
Settlement by the Court: 189, 190.
See also *Bankruptcy of ELSI.*

International investigations: 194.

International law: 20, 21, 46, *94*.

Arbitrary act in —: 74, *96*, *109*, *114*.
Concept of unlawfulness in —: 51.
Denial of justice: 66.
Direct breach of —: 43.
General international law: 66.
International legal obligations: 20, 21, 22, 23, 48.
Obligation to guarantee the protection and security of foreign nationals and their property: 63, 64, 65, 66.
National standard of treatment: 65.
Right to offer a protection that goes further than general international law requires: 66.
Prevailing principles: *213*.
Principles of —: 40.
"Taking" of property: 68.
Unlawful act in —: 51, 74.

International Law Commission of the United Nations: 127, 194.

Draft Articles on State Responsibility: *116*, *117*, *118*, *119*.
Yearbook of the —: *116*, *117*.

International official:

Independence: 195, *207*.
Privileges and immunities: 195.

International organization:

Party to a dispute: 189.

International responsibility of a State:

Contractual: *116*.
Extra-contractual: *117*.
Offending action: *117*.
See also *Codification of international law; Compensation payable to a State; Obligation of conduct; Obligation of result; Diplomatic protection; Reparation.*

International studies: 194.

International tribunal: 46.

Interpretation of a treaty: 41-42, *100*.

Legal question: 187.
Meaning of the terms of a treaty: 96.
Rules of —: *94*, *95*, 96, 97.

Iran (Islamic Republic of —):

Application instituting proceedings against the United States of America (17 May 1989): 132, 133.
Objection to the raising of a preliminary objection by the United States of America: 133, 134

Italy:

Application instituting proceedings against the United States of America (6 February 1987): 17, 18.
See also *Bankruptcy of ELSI.*

J

Jessup (P. C.): *220.*

Jiménez de Aréchaga (Eduardo): *146, 154.*

"The Amendment to the Rules of Procedure of the International Court of Justice", *American Journal of International Law*, 1973, Vol. 67: *137, 156-157, 167.*

Joint-stock company:

Concept: *83-84.*
Rights of shareholders: *84, 85, 86, 87, 88, 89.*
Rights of the company: *88, 89.*
Separate corporate personality: *84.*
Structure of a — : *84.*
See also *Bankruptcy of ELSI; General principles of law.*

Judge *ad hoc*:

Choice of a — : 162, 163, *165, 166, 167, 168, 169, 171, 172.*
Doubt of the Court regarding the choice of a — : *165.*
Incapacity: *167.*
Lack of objection to the choice of a — : 163, *165.*
Mention of the names of judges *ad hoc* in the Order relating to the composition of a chamber: 163, *165, 166.*
Observations furnished by a party: 163.
Replacement of a — : 163, *165, 167.*
Role of the Court with regard to the choice of a — : *165, 167, 168, 170, 171, 172.*
Solemn declaration made by a — : *167.*

Judge having the nationality of one of the States Parties: *168.*

See also *Judge* ad hoc.

Judicial character of the Court: 191, *213.*

Judicial practice: *158, 220.*

Judicial propriety:

See *Administration of justice.*

Judicial settlement of disputes:

Consent of a State: 191.

Judicious act: *113.*

Jurisdiction of the Court:

Consent of a State: 188, 189, 190, 191.
Court's finding on its own jurisdiction: 6.
Failure to exhaust internal remedies: 42.
Indication of interim measures: *139, 143, 152, 153.*
Interpretation and application of a treaty: 41-42.
Issue of the — : 6, *140, 143.*
Lack of consent: 177, 190, 191.
Matters relating to the interpretation or application of a treaty: 42.
Non-appearance of a party: *138-140, 150.*
Objections to the — : *137, 138-140.*
Preliminary issue: *140, 141.*
Request for an advisory opinion: 177, 188, 190, 191.
Reservation made by a State: *215.*
Treaty clause providing for the — : 41, 42.
See also *Preliminary objection.*

K

Klaestad (H.): *152.*

Koo (W.): *152.*

L

Lauterpacht (Sir H.): *152.*

The Development of International Law by the International Court, 1958: *158.*

League of Nations:

Committee of Jurists on the Statute of the Permanent Court of International Justice, Minutes, Geneva, 1929: *169.*

Legal Counsel of the United Nations: 179, 184, 187, *203, 208.*

See also *Office of Legal Affairs of the United Nations Secretariat.*

Legal question pending:

Between the United Nations and a member State: 189.
Between two States: 189.

Legal question referred to the Court:

Information furnished by States: 10, 178, 181, 182.
Information furnished by the United Nations: 10, 178, 181, 182.
Interpretation of a treaty: 187.
Nature of the claim: 134.
Request for an advisory opinion: 10, *207.*

Legal system: 51.

See also *General principles of law; State of emergency.*

Loder (Dr. B. C. J.): *169.*

M

Mazilu (Dumitru): 9, 10.

Family of —: 181, *210-211.*
Member of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: 180, 181, 182, 197.
Definition of his mandate: 180.
Duration of his mandate: 180, 181, 197, *200, 202.*
Retention as special rapporteur: 197, *202.*
Right to travel: 181.
State of health: 180, 181, 184, 198, *201, 205, 212, 215, 216.*
Status as an expert on mission: 197, 198, *207.*
Status as a special rapporteur of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: 9, 10, 180, 181, 182, 185, 186, 187, 198, *204, 205, 206, 216.*
See also *Experts on mission; Privileges and immunities of the United Nations; Romania; Special rapporteurs.*

Mediation: 194.

Minorities:

Protection of —: 179.
See *Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities.*

Moore (J. B.): *147.*

Most-favoured-nation provision: 47.

See also *Most-favoured-nation treatment.*

Most-favoured-nation treatment (Rule of —): 49, 63, 65, 66, 71, *89, 90, 91, 92, 93, 99, 108.*

Municipal courts: 46, 47, *85.*

Concept of an unlawful act: 74.
"Direct rights" of shareholders: *85.*
Law applied by the —: 46.
Practice of the —: *155.*
Weighing by the Court of the jurisprudence of —: 16, 47.
See also *Bankruptcy of ELSI.*

Municipal law:

Application of —: *90.*
Breach of a treaty in —: 51.

Compliance with municipal law and compliance with the provisions of a treaty: 51.
Concept of a joint-stock company: *84-85.*
Concept of unlawfulness in — : 51.
Interpretation of municipal law: 47.
Jurisdiction of the Court: 47.
National legislation:
Federal Republic of Germany: *85.*
France: *85.*
Italy: *84-85.*
Japan: *85.*
Romania: 181, 184, 198, *205.*
Switzerland: *85.*
Principle derived from — : *84, 213.*
Protection of shareholders' rights: *85.*
Question of — : 47.
Transposition of a concept of — into international law: *213.*
Unjustified, unreasonable or arbitrary act in — : 74.
Unlawful act in — : 47, 51, 52, 64, 74, 76, 77, *103, 113, 114, 115.*
Weighing by the Court of the jurisprudence of municipal courts: 16, 47.
See also *Arbitrary measure; Bankruptcy of ELSI; General principles of law; Municipal law and international law.*

Municipal law and international law (Relationship between —): 16, 47, 51, *84, 213.*

See also *General principles of law; Municipal law.*

N

National of a State:

Diplomatic protection of the — : 15, 42.

National treatment (Rule of —): 21, 49, 50, 63, 65, 66, 67, 71, 80, *89, 90, 91, 92, 93, 98, 99, 108.*

Minimum international standard: 66.

Nationality:

Shareholders: 72.

Nauru (Republic of —):

Application instituting proceedings against the Commonwealth of Australia (19 May 1989): 12.

Nicaragua:

Request for the extension of a procedural time-limit: 123, 175.
Request for the postponement of the date for fixing a procedural time-limit: 175.

Non-appearance of a party:
Objections to the jurisdiction of the Court: *138-140, 150.*
Observations submitted by that party: *139.*

Non-governmental organization: 181, 182.

O

Objections to the jurisdiction of the Court: *138-140, 150.*

Obligation of a State:
To refrain from depriving a treaty of its object and purpose: *219.*

Obligation of co-operation: 183, *203.*

Obligations of conduct or of means: *116, 117, 119.*

Obligations of result: *116, 117, 118, 119.*

Obligations under international law: 20, 21, 23.

Observations submitted by a party:
Choice of a judge *ad hoc*: *163.*
Jurisdiction of the Court: *139.*

Offending action: *117.*

Office of Legal Affairs of the United Nations Secretariat: 183.
See also *Legal Counsel of the United Nations.*

Official languages of the Court:
See *Authentic text; Authoritative version; Translations.*

Orders of the Court:
Operative part: *135.*
Preambular part: *135.*
Unanimity of the Court: 134, *135*, 163, 175.

P

Peaceful settlement of disputes: 41, 189.

Peace-keeping forces: 194.

Pending case:
See *General List of the Court.*

Permanent Court of Arbitration: *213.*

Permanent Court of International Justice:

Acts and Documents concerning the Organization of the Court:
Series D, No. 1: 147, 148.
Series D, No. 2: 146, 147, 169.
Series D, Addendum to No. 2: 137, 147.
Series D, Third Addendum to No. 2: 148, 169, 170.
Advisory Committee of Justice: *168.*
Annual Reports, Series E, No. 4: 169.
Creation of the — : *213.*
Pleadings, Oral Statements and Documents:
Series C, No. 5-1: 147.
Series C, No. 9-1: 147.
Series C, No. 53: 169.
Series C, No. 78: 169.
Travaux préparatoires: 213.
See also *Decisions of the Permanent Court of International Justice; League of Nations.*

Plantey (A.):

Droit et pratique de la fonction publique internationale, Paris, 1977: *220.*

Pleadings:

See *Extension of procedural time-limits; Filing of pleadings; Fixing of procedural time-limits.*

Postponement of fixing of procedural time-limits: 175.

Practice of the Court:

Appointment of judges *ad hoc*: *165-172.*
Precedents: *139, 154.*
Time-limit for the filing of a preliminary objection: *138-144, 145-146, 149-155, 156, 157, 158, 159, 160.*

Practice of the United Nations: 194, 196.

Precedents:

Weight given to — : *158.*

Preclusion: 133, 134.

Preliminary issue:

Distinction between a — and a preliminary objection: *150.*
Jurisdiction of the Court: *140, 141.*
Operation of a — to suspend the proceedings: *150.*

Preliminary objection: *135, 139, 141, 142, 143.*

Distinction between a — and a preliminary question: *150.*
Effects: *136, 153.*

Filing of a — : *136.*
Form of a — : *136, 151, 155.*
History of the rules governing the filing of a — : *146-149.*
Incidental proceeding: *143.*
Instance of the appearance of a party: *140-144, 151, 153.*
Intention of raising a — : 133, 134, *153.*
Joining to the merits of a — : 18, 42, *156.*
Request for the indication of preliminary measures: *139, 140, 142, 143, 151-152.*
Suspension of proceedings on the merits: *141, 142-143, 144, 153.*
Time-limit within which a — must be filed: 133, 134, *135, 136, 144, 145, 146-149, 149-155, 155-160.*
Written statement of the defendant: *136.*
See also *Jurisdiction of the Court; Non-appearance of a party.*

Preliminary objection to jurisdiction: 133, *136, 150.*

Preliminary objection to the admissibility of an application: 18, 22, 23, 42, 81, 133, *150.*

See also *Admissibility of an application.*

Private transaction between the Parties: *154.*

Privileges and immunities of the United Nations:

Experts on missions: 196-197, *206, 217-218.*
Functional character: *85,* 196, *215, 219.*
Geographical area of application: *206, 207, 218.*
In the State of which the beneficiary is a national: 177, 185, 195, 196.
In the State where the beneficiary is performing his mission: 177, 185, 195, 196, *206.*
In the State where the beneficiary resides: 177, 195, 196.
Inviolability of papers and documents: 195.
Inviolability of personal baggage: 195.
Invokability against the State of which an expert on mission is a national or on the territory of which he resides: 195-196.
Period during which the expert may benefit from privileges and immunities: *206, 219.*
Respect for the families and family life of experts: *211.*
Right to travel: 181, *218, 219, 220.*
Special rapporteurs of the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities: 196-197, *204, 205, 206, 208.*
Strict interpretation: *220.*
See also *Experts on mission; Mazilu; Special rapporteurs.*

Procedural time-limits:

See *Extension of procedural time-limits; Fixing of procedural time-limits; Postponement of fixing of procedural time-limits.*

Proceedings on the merits:

Definition: *136.*

Suspension: 6, *136, 137, 140, 141, 143, 144, 150.*
See also *Filing of pleadings; Fixing of procedural time-limits; Written proceedings.*

Propriety of giving an advisory opinion:

See *Advisory Opinion.*

Protection of aliens: *117.*

See also *National treatment.*

Protocol annexed to the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy: 70, *96.*

Interpretation of the —: 71.
Paragraph 1: 15, 70, 86.
See also *Additional Protocol to the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy; Agreement supplementing the 1948 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy (1951); Exchanges of notes signed on 2 February 1948 between the Embassy of the United States of America and the Ministry of Foreign Affairs of Italy; Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy (1948).*

Public sittings of the Court: 18, 29, 30, 58, 68.

Q

Questions put by Members of the Court:

Parties' comments in writing on —: 19.
To experts: 19.
To the Parties: 19.
To the representative of the United Nations Secretary-General: 179.
To witnesses: 19.

R

Raytheon and Machlett:

See *Bankruptcy of ELSI.*

Reasonable act: *113.*

Reasonableness: 21, *113.*

Reciprocity: 20, 21.

Registrar of the International Court of Justice:

Communication of an application instituting proceedings to a concerned State: 12, 18, 126, 133.

Communication of written statements and comments on those statements to the United Nations and to the States parties to the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations: 179.
Notification of a request for an advisory opinion to all States entrusted to appear before the Court: 178.
Sending to the United Nations Secretary-General of a "special and direct communication" under Article 66, paragraph 2, of the Statute: 179.

Reparation: 22, 81, *119*, *120*.

"Report of the Informal Inter-Allied Committee on the Future of the Permanent Court of International Justice", *American Journal of International Law, Supplement*, Vol. 39, 1945: *169*.

Requisition:

See *Bankruptcy of ELSI*.

Reservations:

Article V of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations: 195.
Article VI of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations: 195.
Section 22: 196.
Section 30: 177, 183, 188, 189, 190, 191, *212*, *214*, *215*.
Declarations of acceptance of the compulsory jurisdiction of the Court: *214*.
Jurisdiction of the Court: *215*.
Question of the feasibility of reservations to the Charter of the United Nations: *214*.
Relative effect of —: *214*, *215*.

Restitution of damage: *120*.

Romania:

Aide-mémoire of 6 January 1989: *204*, *205*, *206*.
Conduct of —: 181, 182, 183, 184, 185, *201*, *202*, *203*, *205*.
Internal affairs: 183, *203*, *215*, *216*.
Internal legislation: 181, 184, 198, *205*.
Lack of consent of — with respect to a request for an advisory opinion: 191, *214*.
Permanent Mission to the United Nations in New York: 183, *202*, *203*, *207*.
Permanent Mission to the United Nations Office in Geneva: 180, 182, 186, *201*, *203*.
Reservation to the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations: 177, 183, 188, 189, 190, 191, *212*, *214*, *215*.
Written statement submitted to the Court: 179, 180, 181, 185, *207*, *216*, *218*, *219*.
See also *Mazilu; Privileges and immunities of the United Nations*.

Root-Phillimore plan: *168*.

Rosenne (Sh.):

Procedure in the International Court: A Commentary on the 1978 Rules of the International Court of Justice, 1983: *145, 155, 157.*
The Law and Practice of the International Court, 1965, Vol. 1: *155, 168.*

Rostworowski (M.): *149.*

Rule-making power of the Court: *171, 213.*

Rule of most-favoured-nation treatment:

See *Most-favoured-nation provision; Most-favoured-nation treatment.*

Rules of the International Court of Justice (1946): *138, 157.*

Article 62: *140, 141, 142, 146, 151, 152, 153.*
Article 62, paragraph 1: *148.*
paragraph 3: *146, 154.*

Rules of the International Court of Justice (1972): *138, 157.*

Article 26, paragraph 1: *166.*
Article 67, paragraph 1: *149.*
paragraph 6: *155, 156.*
paragraph 7: *155, 157.*
See also *Travaux préparatoires.*

Rules of the International Court of Justice (1978): 133, *135, 136, 137, 139, 146, 149, 150, 158, 160, 171, 212, 213.*

Article 7: *167.*
Article 17: 42, 162.
Article 17, paragraph 2: 18, *166.*
Article 18: 42.
Article 18, paragraph 2: 18.
paragraph 3: 3, 129.
Article 31: 6, 12, 126, 132, 133.
Article 35: 162.
Article 35, paragraph 3: 123, 163, *168.*
paragraph 4: *165, 170.*
paragraph 5: *167, 170.*
Article 44: 3, 6, 12, 123, 126, 129, 132, 174.
Article 44, paragraph 2: 175.
paragraph 3: 123, 130.
Article 45: 6, 12, 126, 132.
Article 48: 12, 126, 132.
Article 51, paragraph 3: 41.
Article 79: 132, 133, *136, 137, 138, 140, 154, 158.*
Article 79, paragraph 1: 134, *135, 136, 141, 145, 149, 150, 151, 158.*
paragraph 2: *138.*
paragraph 3: *136, 138.*
paragraph 4: *138.*
paragraph 5: *138.*
paragraph 6: *138, 155, 156.*

Article 79, paragraph 7: *155, 156.*
paragraph 8: 18.
Article 92: 3, 129.
Article 101: *154.*
Article 106: 179.

Rules of the Permanent Court of International Justice (1922): *137, 146.*

Rules of the Permanent Court of International Justice (1926): *138, 147, 152.*
Article 38: *147, 149.*

Rules of the Permanent Court of International Justice (1936): *138, 149, 153.*
Article 62: *148.*

S

Schwarzenberger (G.):

International Law as Applied by International Courts and Tribunals, Vol. IV: *167.*

Secretary-General of the United Nations:

Depositary of treaties and conventions: 188.
Dossier sent to the Court by the — : 179, 190, *212, 216, 217.*
Note verbale from the —: *207.*
Transmission to the Court of a request for an advisory opinion: 10, 178.
Written statement by the —: 180, 187, *207, 208, 216, 217.*

Senegal (Republic of —):

Application by Guinea-Bissau initiating proceedings against the — (23 August 1989): 126.

Separate opinion: *152, 217.*

Silence of a State: 42, 44.

Special Agreement concluded on 24 May 1986 between the Republic of El Salvador and the Republic of Honduras for the submission to the Court of a dispute between the two States: 3, 129, 162.

Special rapporteurs: 196.

Applicability of Article VI, Section 22, of the Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations to —: 192, 196-197, *204.*
As experts on missions: 177, 196, 197, *204.*
Functions: 197.
Independence: 196, 197.
Privileges and immunities: 177, *206, 208.*
Status: 177, 196, 197, *206.*
See also *Experts on mission; Mazilu; Privileges and immunities of the United Nations.*

Specialized agencies of the United Nations: 182.

State of emergency: *109, 110, 111.*

General principle of law: 51.

Statute of the International Court of Justice: 96, *97*, 133, *171, 172, 212.*

Article 2: *171.*
Article 17, paragraph 2: *169.*
paragraph 3: *170, 171.*
Article 20: *167, 171.*
Article 24: *171.*
Article 26: 17, 18.
Article 26, paragraph 2: 18, 42.
Article 30: *171.*
Article 31: 162, *167, 171.*
Article 31, paragraph 2: *171.*
paragraph 3: *168, 171.*
paragraph 4: *166, 171.*
paragraph 6: *167, 171.*
Article 36, paragraph 1: 41.
paragraph 2: *214.*
Article 40, paragraph 2: 18.
paragraph 3: 18.
Article 48: 3, 6, 12, 123, 126, 129, 132, 162, 174.
Article 65: 179, 188, 189.
Article 65, paragraph 1: 191.
paragraph 2: 179.
Article 66, paragraph 1: 178, 191.
paragraph 2: 9, 10, 178, 179.
paragraph 4: 10.
Integral part of the Charter of the United Nations: *96.*

Statute of the Permanent Court of International Justice:

Article 17: *169.*
Article 17, paragraph 2: *169.*
paragraph 3: *170.*
Article 26, paragraph 2: *169.*
Article 31: *169, 170.*

Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities:

Consent of national Governments: 196.
Creation: 179, 196.
Decision 1987/112: 180.
Decision 1988/102: 182, *202.*
Legal status of special rapporteurs: 186, 196-197.
Mandate: 179, 180, 196.
Members:

Alternates: 196.
Duration of mandate: 180, 181, 197.
Election: 196.

Independence: 196.
Status as experts on missions: 196-197.
Resolution 1985/12: 180, 182, *201.*
Resolution 1988/37: 9, 178, 183-184, *200.*
Resolution 1989/45: 186.
Subsidiary organ of the Commission on Human Rights: 187.
See also *Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations: Experts on mission: Mazilu; Special rapporteurs.*

Submissions of the Parties: 19-23, 48.

Subsidiary organ: 187.

T

Taking of enterprises into public ownership: 63, *90, 91.*

"Taking" of property: 68, 69, 70, 71, *91, 95.*

See also *Bankruptcy of ELSI; International law.*

Teachings of qualified publicists: *137, 145, 146, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 167, 168, 169, 220.*

Technical assistance: 194.

Testimony:

Of an expert: 19, 29.
Of a witness: 19, 29, 58.

Translations:

Made by a chamber of the Court: 41, 51, 52, 74.
Submitted by a Party: 41, 73, 74, 75.

Travaux préparatoires:

Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (1946): 193-194.
Rules of the International Court of Justice (1972): *137.*
Statute of the International Court of Justice: *213.*
Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy (1948): *97-100.*

Treaties and conventions:

Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of China (1946): *87.*
Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and Ireland (1950): *87.*
Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and Denmark (1951): *87, 88, 90.*
Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and Greece (1951): *87.*

Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and Israel (1951): *87*.
Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and Japan (1953): *87, 88, 90*.
Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Federal Republic of Germany (1954): *87, 88, 90, 91*.
Treaty of Friendship, Economic Relations and Consular Rights between the United States of America and Iran (1955): *87*.
Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Netherlands (1956): *87, 88, 90*.
Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Korea (1956): *87*.
See also *Additional Protocol to the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy; Agreement of San Isidro de Coronado (Costa Rica) (1989); Agreement of Tela (Honduras) (1989); Agreement supplementing the 1948 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy (1951); Charter of the United Nations; Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Civil Aviation (1971); Convention on International Civil Aviation (1944); Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations (1946); Exchanges of notes signed on 2 February 1948 between the Embassy of the United States of America and the Ministry of Foreign Affairs of Italy; General Act for the Pacific Settlement of International Disputes (1928); Protocol annexed to the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy; Special Agreement concluded on 24 May 1986 between the Republic of El Salvador and the Republic of Honduras for the submission to the Court of a dispute between the two States; Statute of the International Court of Justice; Statute of the Permanent Court of International Justice; Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy (1948); Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)*.

Treatment according to less favourable standards:

See *National treatment*.

Treaty:

Authentic text of a — : 71.
Authoritative version: 68.
Breach of a — : 42, 43, 46, 47, 48, 73, 77, 80, 81, *83*, 96.
Possibility of compliance with municipal law: 51.
Direct application of a — : 47, 92, *115*.
Form of a — : 96.
Interpretation of a — : 71, *88, 89, 94*, 95, 96, 97, *100*.
Obligation not to deprive a treaty of its object and purpose: *219*.
Purpose of a — : *89*, 97, 98, 99, *113*.
See also *Reservations; Travaux préparatoires*.

Treaty obligations: 48, *115*.
Protection of aliens: *117*.

Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy (1948): 15, 16, 19, 20, 21, 22, 23, 40, 42, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 59, 64, 65, 70, 73, 79, 80, 81, *83, 86, 87, 88, 89, 90, 91, 92, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 113, 115, 116.*

Article II: 19.
Article III: 15, 19, 22, 23, 48, 49, 50.
Article III, paragraph 1: 49, 50, *86, 87, 89, 90, 91, 92, 95, 96, 100, 101, 108.*
paragraph 2: 20, 21, 22, 49, 50, 51, 52, 62, 66, 81, *86, 87, 89, 90, 91, 92.*
Article V: 19, 22, 47, 48, 63, 65, 66, 71.
Article V, paragraph 1: 15, 20, 21, 22, 23, 63, 64, 65, 67, *86, 88.*
paragraph 2: 15, 20, 21, 22, 23, 63, 67, 68, 69, 70, *86, 88.*
paragraph 3: 15, 20, 21, 22, 23, 63, 64, 65, 67, *86, 88, 90, 91, 92.*
paragraph 4: 63, 66.
Article VII: 16, 19, 20, 21, 22, 23, 48, 77, 78, 79, 80, 81.
Article VII, paragraph 1: 80, *87, 88.*
Article IX: 78, 79.
Article IX, paragraph 3: 79.
Article XVII, paragraph 3: 67.
Article XXV[1]: 41, 42.
Breach of the — : 19, 20, 21, 22, 23, 42, 43, 46, 47, 48, 51, 52, 62, 68, 71, 73, 77, 80, 81, *83, 96.*
Circumstances under which the — was concluded: *97-100.*
Direct application of the — : 47, *92, 115.*
Intention of the parties to the — : *98, 100.*
Interpretation of the — : *88-89, 94, 95, 96, 97, 100.*
Jurisdiction of the International Court of Justice: 41, 42.
Meaning of the — : *108, 113.*
Purpose of the — : *89, 97, 98, 113.*
Ratification of the — : *98, 99, 100, 108.*
Travaux préparatoires: 97-100.
See also *Additional Protocol to the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy; Agreement supplementing the 1948 Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy (1951); Exchanges of notes signed on 2 February 1948 between the Embassy of the United States of America and the Ministry of Foreign Affairs of Italy; Protocol annexed to the Treaty of Friendship, Commerce and Navigation between the United States of America and the Republic of Italy.*

U

Unanimity:

See *Advisory Opinion; Orders of the Court.*

United Nations Information Centre:

Bucharest: 181, 182, *201, 202, 210.*

United Nations Office in Geneva: 180, 182, 186.

United Nations Organization:

Interest of the — : 195, *207, 209.*
Legal Counsel of the — : 179, 184, 187, *203, 208.*
Participation of the Court in the action of the — : 189, *208.*
Practice of the — : 194, 196.
Representatives of member States: 196, 197.
Staff of the — : 193, 196, 197.
See also *Advisory Opinion; Centre for Human Rights of the United Nations Secretariat; Charter of the United Nations; Commission on Human Rights; Convention on the Privileges and Immunities of the United Nations; Economic and Social Council. Experts on mission; General Assembly of the United Nations; Human Rights Committee; Legal Counsel of the United Nations; Office of Legal Affairs of the United Nations Secretariat; Privileges and immunities of the United Nations; Special rapporteurs; Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities; United Nations Secretary-General; United Nations Under-Secretary-General for Human Rights.*

United Nations system: 196.

United Nations Under-Secretary-General for Human Rights: 181, 182, 183, 184, *201, 202, 203, 204, 207, 210.*

United States of America:

Application by Iran instituting proceedings against the — (17 May 1989): 132, 133.
Application by Italy instituting proceedings against the — (6 February 1987): 17, 18.
Intention of filing a preliminary objection: 133, *156-157.*
Written comments: 179.
Written statement: 179.
See also *Bankruptcy of ELSI.*

Universal Declaration of Human Rights (1948): 179, *211.*

Unjustified act: 74.

Unlawful act or measure: 52, 74, 77, *103, 113, 114, 115.*

International law: 51, 74.
Municipal law: 47, 51, 64, 76.
See also *Breach of a treaty.*

Unlawfulness: 74, 76, 77, *109, 113, 114, 115.*

Unreasonable act: 66, 73, 74, 76, *109, 111, 113, 114, 115.*

Meaning of term in customary international law: *115.*

Urgency: *109, 110, 111.*

See also *General List of the Court.*

V

Vienna Convention on the Law of Treaties (1969):

Article 2: *96, 214.*
Article 31: *97.*
Article 32: *97.*
Article 33, paragraph 4: 71.

Views of a Party:

Extension of a procedural time-limit: 124, 130.

Views of the Parties:

Composition of a chamber of the Court: *167.*

W

Witnesses before the Court:

Cross-examination: 19, 57.
Testimony: 19, 29, 58.
Examination: 19.

Written observations: 10, 19, 179.

Written proceedings:

Order of the Court dealing with questions of jurisdiction and admissibility: 6, *140, 143-144.*
Question of the Court's jurisdiction to entertain the dispute: 6.
Question of the admissibility of an application: 6.
See also *Extension of procedural time-limits; Filing of pleadings; Fixing of procedural time-limits; Proceedings on the merits.*

Written statements:

Re: request for an advisory opinion: 10, 178, 179.
Written comments on the —: 10, 179.
See also *Advisory Opinion; Secretary-General of the United Nations.*

TABLE DES MATIÈRES

Page

DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME (EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDONNANCE DU 12 JANVIER 1989 3
(Prorogation de délais. contre-mémoires et répliques)

ACTIONS ARMÉES FRONTALIÈRES ET TRANSFRONTALIÈRES (NICARAGUA c. HONDURAS)

ORDONNANCE DU 21 AVRIL 1989 6
(Fixation de délais: mémoire et contre-mémoire)

APPLICABILITÉ DE LA SECTION 22 DE L'ARTICLE VI DE LA CONVENTION SUR LES PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS DES NATIONS UNIES

ORDONNANCE DU 14 JUIN 1989 9
(Fixation de délais: exposés écrits et observations écrites)

CERTAINES TERRES À PHOSPHATES À NAURU (NAURU c. AUSTRALIE)

ORDONNANCE DU 18 JUILLET 1989 12
(Fixation de délais: mémoire et contre-mémoire)

ELETTRONICA SICULA S.P.A. (ELSI)

ARRÊT DU 20 JUILLET 1989 15
Opinion individuelle:
M. Oda 83
Opinion dissidente:
M. Schwebel 94

ACTIONS ARMÉES FRONTALIÈRES ET TRANSFRONTALIÈRES (NICARAGUA c. HONDURAS)

ORDONNANCE DU 31 AOÛT 1989 123
(Prorogation de délai: mémoire)

SENTENCE ARBITRALE DU 31 JUILLET 1989

ORDONNANCE DU 1ER NOVEMBRE 1989 126
(Fixation de délais: mémoire et contre-mémoire)

TABLE DES MATIÈRES

DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME (EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDONNANCE DU 13 DÉCEMBRE 1989 129
(Prorogation de délais : répliques)

INCIDENT AÉRIEN DU 3 JUILLET 1988 (RÉPUBLIQUE ISLAMIQUE D'IRAN c. ETATS-UNIS D'AMÉRIQUE)

ORDONNANCE DU 13 DÉCEMBRE 1989 132
(Fixation de délais : mémoire et contre-mémoire)

Déclaration :

M. Oda 135

Opinions individuelles :

M. Schwebel 136
M. Shahabuddeen 145

DIFFÉREND FRONTALIER TERRESTRE, INSULAIRE ET MARITIME (EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDONNANCE DU 13 DÉCEMBRE 1989 (composition de la Chambre) . . 162

Opinion individuelle :

M. Shahabuddeen 165

ACTIONS ARMÉES FRONTALIÈRES ET TRANSFRONTALIÈRES (NICARAGUA c. HONDURAS)

ORDONNANCE DU 14 DÉCEMBRE 1989 174
(Report de fixation de délai : contre-mémoire)

APPLICABILITÉ DE LA SECTION 22 DE L'ARTICLE VI DE LA CONVENTION SUR LES PRIVILÈGES ET IMMUNITÉS DES NATIONS UNIES

AVIS CONSULTATIF DU 15 DÉCEMBRE 1989 177

Opinions individuelles :

M. Oda 200
M. Evensen 210
M. Shahabuddeen 212

INDEX FRANÇAIS.

INDEX ANGLAIS.

CONTENTS

Page

LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE (EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDER OF 12 JANUARY 1989 3
(Extension of time-limits: Counter-Memorials and Replies)

BORDER AND TRANSBORDER ARMED ACTIONS (NICARAGUA *v.* HONDURAS)

ORDER OF 21 APRIL 1989 6
(Fixing of time-limits: Memorial and Counter-Memorial)

APPLICABILITY OF ARTICLE VI, SECTION 22, OF THE CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE UNITED NATIONS

ORDER OF 14 JUNE 1989 9
(Fixing of time-limits: written statements and written comments)

CERTAIN PHOSPHATE LANDS IN NAURU (NAURU *v.* AUSTRALIA)

ORDER OF 18 JULY 1989 12
(Fixing of time-limits: Memorial and Counter-Memorial)

ELETTRONICA SICULA S.P.A. (ELSI)

JUDGMENT OF 20 JULY 1989 15
Separate opinion:
Judge Oda 83
Dissenting opinion:
Judge Schwebel 94

BORDER AND TRANSBORDER ARMED ACTIONS (NICARAGUA *v.* HONDURAS)

ORDER OF 31 AUGUST 1989 123
(Extension of time-limit: Memorial)

ARBITRAL AWARD OF 31 JULY 1989

ORDER OF 1 NOVEMBER 1989 126
(Fixing of time-limits: Memorial and Counter-Memorial)

CONTENTS

LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE (EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDER OF 13 DECEMBER 1989 129
(Extension of time-limits: Replies)

AERIAL INCIDENT OF 3 JULY 1988 (ISLAMIC REPUBLIC OF IRAN *v.* UNITED STATES OF AMERICA)

ORDER OF 13 DECEMBER 1989 132
(Fixing of time-limits: Memorial and Counter-Memorial)

Declaration:

Judge Oda 135

Separate opinions:

Judge Schwebel 136
Judge Shahabuddeen 145

LAND, ISLAND AND MARITIME FRONTIER DISPUTE (EL SALVADOR/HONDURAS)

ORDER OF 13 DECEMBER 1989 (Composition of Chamber) 162

Separate opinion:

Judge Shahabuddeen 165

BORDER AND TRANSBORDER ARMED ACTIONS (NICARAGUA *v.* HONDURAS)

ORDER OF 14 DECEMBER 1989 174
(Extension of time-limit: Counter-Memorial)

APPLICABILITY OF ARTICLE VI, SECTION 22, OF THE CONVENTION ON THE PRIVILEGES AND IMMUNITIES OF THE UNITED NATIONS

ADVISORY OPINION OF 15 DECEMBER 1989 177

Separate opinions:

Judge Oda 200
Judge Evensen 210
Judge Shahabuddeen 212

FRENCH INDEX.

ENGLISH INDEX.

On peut acquérir les publications de la COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE auprès des librairies spécialisées du monde entier. Pour tous renseignements, prière de s'adresser à la *Section de la distribution et des ventes, Office des Nations Unies, 1211 Genève 10 (Suisse)* ou à la *Section des ventes, Nations Unies, New York, NY 10017 (Etats-Unis)*.

Des couvertures mobiles permettant de relier les fascicules du *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances* parus au cours d'une année sont en vente aux adresses ci-dessus.

On peut acquérir les publications de la COUR PERMANENTE DE JUSTICE INTERNATIONALE (1920-1946) auprès de Kraus Reprint Co., Kraus-Thomson Organization Limited, Route 100, Millwood, NY 10546 (Etats-Unis). Pour tous renseignements, prière de s'adresser à cette société.

The publications of the INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE may be ordered from any bookseller. For information regarding the sale of the Court's publications please write to the *Distribution and Sales Section, Office of the United Nations, 1211 Geneva 10 (Switzerland)*, or the *Sales Section, United Nations, New York, NY 10017 (USA)*.

Loose covers for binding the year's issues in the series *Reports of Judgments, Advisory Opinions and Orders* and the Index thereto may be purchased at the above addresses.

The publications of the PERMANENT COURT OF INTERNATIONAL JUSTICE (1920-1946) are obtainable from Kraus Reprint Co., Kraus-Thomson Organization Limited, Route 100, Millwood, NY 10546 (USA), to which all requests should be addressed.

PRINTED IN THE NETHERLANDS